

Die Amtsentsetzung des Richters

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

PETER HONEGGER
von Zürich

genehmigt auf Antrag von Herrn P.D. Dr. M. Guldener

1949

Juris-Verlag, Zürich

Die Amtsentsetzung des Richters

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

PETER HONEGGER
von Zürich

genehmigt auf Antrag von Herrn P.-D. Dr. M. Guldener

1949

Juris-Verlag, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 30. Oktober 1948.

Der Dekan :
Prof. Dr. K. Käfer.



Meinen lieben Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSÜBERSICHT

Seite

Einleitung 13

1. Kapitel: Grundlagen

§ 1 Das Prinzip der Gewaltentrennung 15
I. Geschichte. — II. Gewaltentrennung in den heutigen Verfassungen

§ 2 Beamtenstaat und Volksstaat 17
I. Unterscheidung. — II. Dauer des Amtes. — III. Richterliche Beamte. — Uebergänge zwischen Beamten- und Volksstaat.

§ 3 Die Ursprünge der heutigen Stellung des Richters 20
I. Ueber die historische Betrachtung. — II. Entwicklung im Ausland: A. England, B. Frankreich, C. Deutschland. — III. Entwicklung in der Schweiz. — IV. Vergleich dieser Entwicklungen.

2. Kapitel: Die Stellung des Richters

§ 4 Die Unabhängigkeit des Richters 29
I. Unabhängigkeit der Rechtsprechung, der Gerichte, des Richters. — II. Beamtenstellung des Richters. — III. Sicherung der Unabhängigkeit des Richters. — IV. Ordnungsstrafrecht. — V. Verwirklichung im Beamten- und Volksstaat.

§ 5 Die Wahl des Richters 35
I. Bedeutung der Wahlart. — II. Verschiedenartigkeit der Richterstellen. — III. Wahl und Ernennung, Wahlarten. — IV. Einfluss der Politik auf Richteramt und Richterwahl.

§ 6 Die Aufsichtsbehörden des Richters 40
I. Wesen und Arten der Aufsicht. — II. Aufsichtsbehörden des Richters. — III. Aufsicht und Disziplinalgewalt. — IV. Aufsicht und Unabhängigkeit der Rechtsprechung. — V. Mehrere Aufsichtsbehörden.

§ 7 Richter und Disziplinarrecht 44
I. Wesen des Disziplinarrechts. — II. Ordnungsstrafrecht. — III. Sanktionen des Disziplinarrechts. — IV. Anwendung der Disziplinarmittel. — V. Ausbau des Disziplinarrechts.

3. Kapitel: Das Wesen des Disziplinarrechts und der Amtsentsetzung

§ 8 Disziplinarrecht und Strafrecht 48
I. Definition des Disziplinarrechts. — II. Disziplinarrecht und Strafrecht. — III. Unterscheidung zwischen Disziplinarrecht und Strafrecht. — IV. «Nulla poena sine lege» und «ne bis in idem» im Disziplinarrecht.

	Seite
§ 9 Amtsentsetzung und Suspension	52
I. Wesen der Amtsentsetzung. — II. Abgrenzung der Suspension. — III. Arten der Amtsentsetzung.	
4. Kapitel: Die Amtsentsetzung des Richters	
1. Teil: Im Ausland	
§ 10 Frankreich	54
§ 11 England	56
§ 12 Deutschland	58
2. Teil: In der Schweiz	
§ 13 Die Entwicklung des richterlichen Disziplinarrechts in der Schweiz	61
I. Grundlage. — II. Kantonale Strafgesetze. — III. Straftatbestand der Amts- und Dienstpflichtsverletzung. — IV. Beamtendisziplinar- gesetze. — V. Einführung des schweizerischen StGB.	
§ 14 Die Amtsentsetzung des StGB	63
I. Amtsentsetzung als Nebenstrafe. — II. Massnahmecharakter der A. Entsetzung. — III. Disziplinarcharakter der strafrechtlichen Amtsentsetzung. — IV. StGB und Straftatbestand der Amts- und Dienstpflichtsverletzung.	
§ 15 Disziplinarrecht als Uebertretungsstrafrecht	65
I. Amts- und Dienstpflichtsverletzung als kantonaler Uebertretungs- strafatbestand. — II. Formelle Seite. — III. Auswirkungen. — IV. Ausnahme.	
§ 16 Die disziplinarrechtliche Amtsentsetzung	68
I. Vergleich mit dem Ausland. — II. Ueberblick über die kanto- nalen richterlichen Disziplinarrechte: A. Systeme, B. Behörden, C. Verfahren. — III. Lücken betr. die Amtsentsetzung. — IV. Die «administrative» Amtsentsetzung. — V. Die Richter des schwei- zerischen Bundesgerichts.	
§ 17 Inamovibilität des schweizerischen Richters?	75
I. Vorbehalte der Kantonsverfassungen zur Amtsentsetzung. — II. Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung. — III. Anspruch des Beamten auf Amt oder Gehalt. — IV. Konsequenzen.	
Zusammenfassung	81

QUELLENSAMMLUNG

Die hier zusammengestellten, das richterliche Disziplinarrecht der Kantone der schweiz. Eidgenossenschaft betreffenden Gesetze sind im Text dieser Arbeit abgekürzt zitiert. Zum Beispiel: «Zürich 1. 56» bedeutet Artikel 56 des unter der Ordnungszahl 1. aufgeführten Gesetzes dieser Quellensammlung.

Zürich

1. Kantonsverfassung vom 31. 3. 1869.
2. Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen vom 30. 10. 1866; OS 14, 275.
3. Verordnung über die Organisation des Obergerichtes vom 21. 11. 1941; OS 36, 473.
4. Gesetz betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen (Gerichtsverfassungsgesetz) vom 29. 1. 1911; OS 29, 72.

Bern

1. Kantonsverfassung vom 26. 4. 1893.
2. Gesetz über die Abberufung der Beamten vom 20. 2. 1851; AS 1, 154.
3. Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 31. 1. 1909; AS 2, 277.
4. Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten vom 19. 5. 1851; AS 1, 160.

Luzern

1. Kantonsverfassung vom 26. 2. 1875.
2. Gesetz über die Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 18. 12. 1940; AS 12, 290.
3. Gesetz über die Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten vom 10. 9. 1842; AS 0, 12.
4. Organisationsgesetz des Kantons Luzern vom 8. 3. 1899; AS 8, 71 (teilweise aufgehoben).
5. Gesetz über die Gerichtsorganisation und die Zivilprozessordnung vom 28. 1. 1913; AS 9, 315.

Uri

1. Kantonsverfassung vom 6. 5. 1888.
2. Reglement für die Justizbehörden des Kantons Uri vom 12. 3. 1886; LB 1, 135.
3. Einführungsgesetz zum Schweizerischen Strafgesetzbuch für den Kanton Uri vom 4. 5. 1941; LB 11, 78.

Schwyz

1. Kantonsverfassung vom 23. 10. 1898.
2. Gesetz über das Verfahren in Strafrechtsfällen im Kanton Schwyz vom 18. 2. 1908; GS 6, 337.
3. Kriminalstrafgesetz vom 20. 5. 1881; RGS 1, 472.
4. Gesetz über die Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches im Kanton Schwyz vom 21. 7. 1941; GS 12, 204.

Obwalden

1. Kantonsverfassung vom 27. 4. 1902.
2. Polizeistrafgesetz vom 20. 4. 1870; LB 1, 225.

Nidwalden

1. Kantonsverfassung vom 27. 4. 1913.

Glarus

1. Kantonsverfassung vom 22. 5. 1887.
2. Gesetz über die Gerichtsorganisation vom 5. 5. 1940; LB Nachtrag 2, 124.
3. Strafprozessordnung des Kantons Glarus vom 5. 5. 1940; LB Nachtrag 2, 209.
4. Gesetz betr. das Aufsichtsrecht des Obergerichts über die untern Gerichte vom 5. 5. 1895; LB 4, 102.

Zug

1. Kantonsverfassung vom 31. 1. 1894 / 28. 5. 1914; mit Abänderung vom 22. 7. 1940.
2. Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten und deren Abberufung vom 29. 12. 1931; AS 13, Nr. 2.
3. Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 3. 10. 1940; AS 14, Nr. 40.
4. Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. 10. 1940; AS 14, Nr. 42.

Freiburg

1. Kantonsverfassung vom 7. 5. 1857.
2. Gesetz über die Einrichtung und die Amtsbefugnisse der Gerichtsbehörden in Strafsachen vom 29. 5. 1869; AS 42, 171.
3. Gesetz über die Organisation der Rechtspflege vom 26. 5. 1848; AS 23, 119.

Solothurn

1. Kantonsverfassung vom 23. 10. 1887.
2. Gesetz über das Staatspersonal vom 23. 11. 1941; AS 75, 337.
3. Geschäftsreglement des Kantonsrates von Solothurn vom 8. 11. 1944; AS 76, 246.
4. Strafprozessordnung für den Kanton Solothurn vom 28. 8. 1885.
5. Zivilprozessordnung für den Kanton Solothurn vom 1. 1. 1892.
6. Novelle zur Zivilprozessordnung vom 2. 5. 1926; AS 70, 228.

Baselstadt

1. Kantonsverfassung vom 16. 11. 1889.
2. Gesetz betreffend die Dienstverhältnisse und die Besoldungen der Beamten, Angestellten und Arbeiter des Kantons Basel-Stadt (Beamtengesetz) vom 25. 11. 1926 / 26. 1. 1933; AS 33, 394 und 36, 28.
3. Gesetz betreffend Wahl und Organisation der Gerichte und der richterlichen Beamtungen vom 27. 6. 1895; AS 23, 179.

Baselland

1. Kantonsverfassung vom 4. 4. 1892.
2. Gesetz betreffend die Organisation der richterlichen Behörden (Gerichtsverfassungsgesetz) vom 30. 10. 1941; AS 18, 672.

3. Gesetz betreffend die Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 30. 10. 1941; AS 18, 592.
4. Gesetz für Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten vom 25. 11. 1851; AS 5, 194.

Schaffhausen

1. Kantonsverfassung vom 26. 3. 1876.
2. Bürgerliche Prozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 25. 6. 1869; AS NF 4, 435.
3. Strafprozessordnung für den Kt. Schaffhausen vom 3. 3. 1909; AS NF 11, 197.
4. Gesetz über die staatlichen Besoldungsverhältnisse (Besoldungsgesetz) vom 1. 7. 1919; AS NF 13, 249.

Appenzell I.-Rh.

1. Kantonsverfassung vom 24. 11. 1872.
2. Verordnung betreffend das Dienstverhältnis der Beamten und Angestellten des Kantons Appenzell I.-Rh. vom 1. 6. 1926.
3. Verordnung über das kantonale Uebertretungsstrafrecht vom 29. 11. 1941.

Appenzell A.-Rh.

1. Kantonsverfassung vom 26. 4. 1908.
2. Verordnung über die Rechtspflege des Kantons Appenzell A.-Rh. vom 1. 12. 1924; GB 3, 397.
3. Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 27. 4. 1941; GB 4, 433.
4. Reglement betreffend die Oberaufsicht des Obergerichtes vom 21. 5. 1909; GB 2, 367.

St. Gallen

1. Kantonsverfassung vom 30. 8. 1890.
2. Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 7. 2. 1939; AS NF 16, 397.
3. Einführungsgesetz zum schweizerischen Strafgesetzbuch vom 21. 3. 1941; AS NF 17, 133.

Graubünden

1. Kantonsverfassung vom 1. 1. 1894.
2. Gehaltsliste für die Kantonsschullehrer, die kantonalen Beamten und Angestellten vom 30. 5. 1930; AS 8, 372.
3. Gesetz über die öffentlichrechtlichen Folgen fruchtloser Pfändung vom 14. 10. 1894; AS 7, 730.
4. Gesetz über die Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten und die Haftung der öffentlichrechtlichen Körperschaften vom 29. 10. 1944; AS 9, 820.
5. Einführungsgesetz zum schweizerischen Strafgesetzbuch und das Strafverfahren im Kanton Graubünden vom 2. 3. 1941; AS 9, 436.
6. Geschäftsordnung des Kleinen Rates vom 19. 5. 1898; AS 2, 91.

Aargau

1. Kantonsverfassung vom 7. 6. 1885.
2. Organisationsgesetz des Obergerichts vom 22. 12. 1852; AS 1—4, 415.
3. Organisationsgesetz der Bezirksgerichte vom 22. 12. 1852; AS 1—4, 426.

4. Gesetz betreffend die Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches im Kanton Aargau vom 21. 7. 1941; AS 16, 353.
5. Dekret betreffend das Dienstverhältnis und die Besoldung der Staatsbeamten vom 8. 5. 1944; AS 17, 117.

Thurgau

1. Kantonsverfassung vom 28. 2. 1869.
2. Gesetz über die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und Angestellten vom 25. 9. 1851; AS 3, 94.
3. Gesetz betr. die Organisation des Gerichtswesens vom 22. 3. 1850; AS 5, 1.
4. Gesetz betr. die Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. 12. 1910; AS NF 19, 1.

Tessin

1. Kantonsverfassung vom 23. 6. 1830.
2. Legge organica giudiziaria civile e penale, testo riordinato come al decreto legislativo 22. 9. 1924; BO NS 50, 283.

Waadt

1. Kantonsverfassung vom 1. 3. 1885.
2. Loi sur l'organisation judiciaire du 15. 5. 1911; RO 108, 94.

Wallis

1. Kantonsverfassung vom 8. 3. 1907.
2. Gesetz vom 30. 5. 1896 über die Gerichtsorganisation; RO 17, 152.

Neuenburg

1. Kantonsverfassung vom 21. 11. 1858.
2. Loi sur l'organisation judiciaire du 22. 3. 1910; RO 2, 418.
3. Code pénal Neuchâtelois du 20. 11. 1940.

Genf

1. Kantonsverfassung vom 24. 5. 1847.
2. Loi sur l'organisation judiciaire du 22. 11. 1941; RO 127, 144.
3. Loi instituant un Conseil supérieur de la magistrature du 27. 6. 1942; RO 128, 94.
4. Règlement d'exécution de la loi du 27. 6. 1942 instituant un Conseil supérieur de la magistrature du 9. 3. 1943; RO 129, 53.

LITERATURVERZEICHNIS

- Adickes* Franz, Grundlinien durchgreifender Justizreform. Berlin 1906.
- Bascho* Armin, Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung im schweizerischen Recht. Zürich 1946.
- Beradt* Wilhelm, Der deutsche Richter. Frankfurt a. M. 1930.
- Burckhardt* Walther, Organisation der Rechtsgemeinschaft. Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts. Basel 1927.
- Methode und System des Rechts. Zürich 1936.
- Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874. 3. A. Bern 1931.
- Einführung in die Rechtswissenschaft. Zürich 1939.
- Die wohlerworbenen Rechte des Beamten. ZBJV Bd. 67 S. 57 ff.
- Dalloz*, Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence. Paris 1912.
- Ducom* Léon, De l'immovibilité de la magistrature. Thèse Bordeaux 1902.
- Escher* Hans, Schweizerisches Bundesbeamtenrecht. Diss. Zürich 1903.
- Fleiner* Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. A. (Neudruck) Zürich 1939.
- Schweizerisches Bundesstaatsrecht. 1. A., Tübingen 1923.
- Beamtenstaat und Volksstaat. Festgabe für Otto Mayer zum 70. Geburtstag. Tübingen 1916.
- Ausgewählte Schriften und Reden. Zürich 1941.
- Fritzsche* Hans, Richteramt und Persönlichkeit. Zürich 1921.
- Garbade* Bernhard R., Das Disziplinarrecht der Funktionäre der kantonal- und stadtzürcherischen Verwaltung. Diss. Zürich 1944.
- Gerland* Heinrich, Die englische Gerichtsverfassung. Leipzig 1910.
- Die Beziehungen zwischen dem Parlament und den Gerichten in England. Berlin und Leipzig 1928.
- Giacometti* Zaccaria, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone. Zürich 1941.
- Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft. Zürich 1945.
- Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichts. Tübingen 1924.
- Göhring* Martin, Die Aemterkäufllichkeit im Ancien régime. Berlin 1938.
- Grünhut* Max, Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung. Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, Jahrgang 1930 Beiheft 3.
- Haftner* Ernst, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allg. Teil. 2. A. Bern 1946.
- Halsbury* Earl of, The Laws of England. 2. A. London 1931.
- His* Eduard, Geschichte des neueren schweizerischen Staatsrechtes. Basel 1920 bis 1938.
- Homberger* Max, Amtsentsetzung und Einstellung im Amt als strafrechtliche Unrechtsfolgen. Diss. Zürich 1933.
- Jackson* Robert H., The struggle for judicial supremacy. New York 1941.
- Jellinek* Walter, Verwaltungsrecht. 2. A. Berlin 1931.

- Kägi Oskar Werner*, Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips. Diss. Zürich 1937.
- Kaufmann Hans*, Die Revision des Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850. Basel 1912.
- Kirchhofer H.*, Disziplinarrechtspflege beim Bundesgericht. ZSR Bd. 52.
- Klaus Emil*, Gesetz betreffend die Ordnungsstrafen (Kt. Zürich), Einleitung und Kommentar. Zürich 1937.
- Laband Paul*, Deutsches Reichsstaatsrecht. 7. A. Tübingen 1919.
- Logoz Paul*, Kommentar zum Schweizerischen StGB, Bd. I.
- Mayer Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht. 3. A. München und Leipzig 1924.
- Justiz und Verwaltung. Rektoratsrede, Strassburg 1902.
- Naegeli Hans*, Die Disziplinargewalt des Staates und der Gemeinden über ihre Beamten und Angestellten. Diss. Zürich 1915.
- v. Orelli Konrad*, Das Verhältnis von Demokratie zur Gewaltenteilung und seine Wandlungen, insbesondere im schweizerischen Bunde. Diss. Zürich 1947.
- Pfeiffer B. W.*, Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes. Göttingen 1851.
- Pfenninger Hans Felix*, Liberalismus und Strafrecht, in Festgabe für Fritz Fleiner 1937.
- Plathner Günther*, Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848. Berlin 1935.
- Reichel Hans*, Stellung und Bestellung der Richter. Leipzig.
- Roscher Wilhelm*, Naturgeschichte der Monarchie, Aristokratie, Demokratie. Neudruck 1933.
- Schmitt Carl*, Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung. Rechtsgutachten 1926.
- Schreiber Hans*, Das materielle Strafrecht der kantonalen Einführungsgesetze zum StGB. Diss. Zürich 1946.
- Schurter & Fritzsche*, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Bd. I und II, Zürich 1924/33.
- Spielmann Hugo*, Die Grundlagen des Beamtenverhältnisses in der Schweiz. Diss. Basel 1930 (in Maschinenschrift).
- Stadlin Max*, Die zivilrechtliche Haftung des Richters für Schäden aus Amtspflichtverletzungen. Diss. Zürich 1934.
- Stölzel A.*, Fünfzehn Vorträge aus der Brandenburgisch-Preussischen Rechts- und Staatsgeschichte. Berlin 1889.
- Streuli Adolf*, Die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und das Aufsichtsrecht der Parlamente über die Gerichte. Diss. Zürich 1922.
- Tschopp Eduard*, Verhältnis der Allgemeinen Bestimmungen des Bundes-Strafrechts von 1853 und des eidgenössischen Strafgesetzentwurfes von 1918 zur Nebenstrafgesetzgebung. Diss. Zürich 1931.
- Ulrich Konrad*, Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken. Diss. Zürich 1904.

EINLEITUNG

Das Amtsverhältnis eines Richters zum Staat endet willentlich entweder durch Demission (d. h. Verzicht auf das Amt durch den Richter selber) oder durch Lösung des Amtsverhältnisses von seiten des Staates. Letzteres geschieht aus verschiedenen Gründen:

1. Entlassung bei Abschaffung einer Richterstelle infolge Aenderung der Gerichtsorganisation;
2. Entlassung wegen gesetzlicher Begrenzung der Amtszeit (Verleihung des Amtes auf eine bestimmte Zeit oder Erreichen der Altersgrenze);
3. Entsetzung infolge Unfähigkeit oder Unwürdigkeit des Richters.

Die Entlassung als Folge einer Neuordnung des Gerichtswesens hat übergesetzlichen Charakter, sie hat ihren Ursprung und ihre Begründung im Wesen der Verfassungsänderung. Die Entlassung wegen Erreichen eines gesetzlich bestimmten Zeitpunktes ist die ordentliche, die Entsetzung wegen Amtsunfähigkeit oder Amtsunwürdigkeit die ausserordentliche Beendigung des Amtsverhältnisses.

Von dieser gesetzlichen, ausserordentlichen Lösung des Amtsverhältnisses soll diese Arbeit handeln.

Die Amtsentsetzung kann von zwei Seiten her betrachtet werden:

a) von der politischen, unter Berücksichtigung der sich aus der Stellung des Richters als staatliches Organ ergebenden Gegebenheiten (in Kapitel 2), und

b) von der rechtlichen, unter Heranziehung der spezifischen Besonderheiten des Beamten- resp. Disziplinarrechts (Kap. 3).

Eine Bearbeitung der auf die Richter der schweizerischen Kantone und des Bundes anwendbaren Disziplinalgesetze führt zwangsläufig zum Studium der Geschichte dieser Disziplinalgesetze und damit zum Vergleich mit denjenigen Institutionen des Auslandes, die bei der Entstehung dieser Disziplinarordnungen zu Pate standen. Die Untersuchung der positivrechtlichen Regelung der Amtsentsetzung des Richters (Kap. 4) gliedert sich daher in zwei Teile, von

denen einer drei Disziplinarordnungen des Auslandes: England, Frankreich und Deutschland, der andere jene der Kantone und des Bundes der schweizerischen Eidgenossenschaft behandelt.

Ein eigentliches Problem kristallisiert sich bei dieser einlässlichen Untersuchung über die Voraussetzungen und Formen der Amts-entsetzung heraus: das der *Unabsetzbarkeit des Richters*. Es wird in dieser Arbeit der Versuch unternommen, darzulegen, inwieweit diese im Ausland zum staatsrechtlichen Grundsatz erhobene Forderung auch in der Schweiz Gültigkeit besitzt.

1. KAPITEL

Grundlagen

§ 1. Das Prinzip der Gewaltentrennung

I. Seit Montesquieu um 1748 die seither mit seinem Namen verknüpft gebliebene Forderung nach Teilung der Staatsgewalt¹ und die organisatorische Trennung ihrer drei Funktionen: Rechtsetzung, Rechtsprechung und Regierung in drei von einander unabhängige Organe erhob², hat der Streit der Meinungen um die staatsrechtliche Bedeutung dieses Postulates nie aufgehört. Von der Erhebung des Prinzips der Gewaltentrennung zum politischen Dogma in Art. 16 der Erklärung der Menschenrechte³ zur Auffassung einer Staatsrechtslehre, die in der Gewaltentrennung nur noch eine organisatorische Bestimmung der Verfassung zur Arbeitsteilung der staatlichen Organe sieht⁴, ist ein weiter Weg. Nicht die Aufgabe dieser Arbeit kann es sein, diese Entwicklung im einzelnen zu verfolgen⁵, es soll hier lediglich die Geltung des Gewaltentrennungsprinzips insofern untersucht werden, als es für uns im weiteren Verlauf von Wichtigkeit sein wird.

II. Der Grundsatz der Trennung der Gewalten, der durch die gegenseitige Kontrolle der Staatsorgane — als «balance des pouvoirs» — die Freiheit des Bürgers sichern soll⁶, wird heute von zwei Seiten her angefochten:

1. Die moderne Staatsrechtslehre lehnt eine *grundsätzliche* Geltung der Trennung der Gewalten ab; mit der Erkenntnis des Ausein-

¹ De l'esprit des lois.

² Zur Geschichte der Dreiteilung der Gewalten vor Montesquieu s. O. W. Kägi: «Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips», Diss. Zürich 1937.

³ Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni par la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de constitution.»

⁴ W. Burckhardt Organisation S. 223 «... die Gewaltentrennung gilt nicht a priori ..., sondern nur positivrechtlich ...»; ferner Kägi a. a. O. S. 214, 243.

⁵ Vgl. statt vieler Kägi a. a. O.

⁶ De l'esprit des lois, I. XL, ch. 4.

anderfallens von formellen und materiellen Funktionen⁷ verlor die Lehre von der Gewaltentrennung ihren rechtsphilosophischen Erkenntniswert⁸, sie wurde zur nur organisatorischen Verfassungsbestimmung, die die Arbeitsteilung zwischen den staatlichen Organen regelt.

2. Der heutige Staat hat sich in Form und Zielsetzung tatsächlich wesentlich vom liberalen Staat, dessen Arsenal der Grundsatz der Gewaltentrennung entstammt, entfernt. In einem Sozialisierungsprozess, dessen Tendenz darauf hinausläuft, die Privatsphäre des Bürgers zugunsten der öffentlichen Wohlfahrt immer mehr einzuengen⁹, bleibt wenig oder gar kein Raum für den liberalen Grundgedanken der Sicherung des Individuums vor dem «Moloch Staat». Diese sich auf politischer Ebene vollziehende Entwicklung spielt sich allerdings unter der Herrschaft einer vom liberalen Gewaltentrennungsprinzip imprägnierten Verfassung ab, d. h. man bedient sich einer Form, deren Prämissen nicht mehr anerkannt werden.

Damit ist die Gewaltentrennung sowohl in theoretischer als auch in praktischer Hinsicht in Frage gestellt. Welches ist ihre heutige Geltung?

Die Forderung nach Trennung der Gewalten war von jeher eine *politische*. Erst durch ihre Verwirklichung in der Verfassung (Einsetzen verschiedener Staatsorgane und Abgrenzung derer Kompetenzen) hat sie rechtlich relevante Folgen. Aber als Idee, die hinter diesen Verfassungsbestimmungen steht, muss sie auch heute noch zur Auslegung dieser Bestimmungen in Betracht gezogen werden¹⁰: der primäre Zweck der Teilung der Staatsgewalt ist aber die *balance*

⁷ Jede der drei Gewalten hat in Wirklichkeit neben ihrer Hauptfunktion auch noch Nebenfunktionen: so etwa die Justiz ein Stück Verwaltung in der Justizverwaltung und ein Stück Rechtsetzung in der Kompetenz zum Erlass von Verordnungen über das Gerichtswesen. Formelle Rechtsprechung ist somit jede Tätigkeit der Justiz; materielle Rechtsprechung ist jede rechtsprechende Tätigkeit einer der drei Gewalten.

⁸ s. Kägi a. a. O. S. 214 Al. 2.

⁹ Dass dies nicht primär aus einem Machtstreben des Staates, sondern zum Besten des Bürgers geschieht, tut dieser Feststellung keinen Abbruch.

¹⁰ Fleiner verteidigt die historische Auslegung: «... darum spricht nicht selten die Entwicklung der Rechtsinstitutionen stärker zu uns als das Gewordene. Nur auf diesem Weg gelingt es uns ... neben den geschriebenen Sätzen die ungeschriebenen, nicht minder unverbrüchlichen, zu erkennen.» (Vorwort zum Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. VII.

des *pouvoirs* und nicht die blosse Arbeitsteilung¹¹. Im folgenden wird von der Trennung der Gewalten als einem verfassungsrechtlich mehr oder weniger geregelten *Prinzip* die Rede sein¹².

§ 2. Beamtenstaat und Volksstaat

I. Wenn in den folgenden Kapiteln die Stellung des Richters im Ausland (England, Frankreich und Deutschland) mit derjenigen des Richters in der Schweiz verglichen werden soll, so muss zuvor untersucht werden, wie weit ein solcher Vergleich überhaupt möglich ist. Unter dem Titel: «*Beamtenstaat und Volksstaat*» hat Fleiner¹ auf die grundlegenden Unterschiede zwischen den Systemen des Berufsbeamtentums einerseits und der ehrenamtlich ausgeübten Beamtenverwaltung andererseits hingewiesen. Das Charakteristikum des *Beamtenstaates* ist das Vorhandensein eines festgefügteten Beamtenstandes, zu dem der angehende Beamte durch Ablegen der Staatsprüfung Zutritt erhält und in dem er dann aller Voraussicht nach zeit seines Lebens verharren wird. Das Vorhandensein solcher festgefügteten Beamtenkörper erklärt sich dadurch, dass sie ihrer Bestimmung nach ein starkes Instrument in der Hand eines Monarchen sein sollten, gleich dem Heer (zu dem denn solche Beamtenkörper auch viele Parallelitäten aufweisen: Subordination, Avancement, Titel, Pensionierung, Auszeichnungen etc.). Oft überdauert sogar das Berufsbeamtentum die Monarchie; so in Frankreich, wo es nach dem Sturz des zweiten Kaiserreichs weiter Dienerin einer weitgehenden Zentralisierung geblieben ist².

¹¹ Ob die auf politischem Gebiet sich vollziehende Abkehr vom Gedankengut der liberalen Verfassung auf deren juristische Auslegung den Einfluss haben darf, dass geradezu deren Grundlagen gelehnet werden, mag dahingestellt bleiben. Den Versuch, die Funktionenlehre auf eine neue Grundlage zu stellen, unternimmt A. Bascho in: «Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung im schweizerischen Recht». Zürich Diss. 1946.

¹² Giacometti sieht die Gewaltentrennung als rechtsstaatlichen Grundsatz und als Maxime der Arbeitsteilung zwischen den Staatsorganen (Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, Zürich 1945, S. 9 N. 1).

¹ In der Festgabe für Otto Mayer, S. 29 ff.

² Kennzeichnend für die Bedeutung eines festgefügteten Beamtenkorps zur zentralistischen Beherrschung eines Landes ist auch die Eile, mit welcher das nationalsozialistische III. Reich die Einschränkungen der Weimarer Republik zum Berufsbeamtenprinzip wieder aufhob (Ges. zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. 4. 1933).

Anders der *Volksstaat*, der nicht regiert wird, sondern der sich selbst regiert: «In der reinen Demokratie dient jeder dem Staat berufsmässig sein Leben lang»^{3, 4}. In der Schweiz z. B. nimmt die öffentliche Verwaltung in ausgedehntem Masse die Mitarbeit der Bürger in Anspruch, und zwar sowohl aus demokratischen als auch aus finanziellen Rücksichten⁵. In der Hauptsache trifft dies zu für untere Stellen wie Gemeindebeamten, Bau-, Gesundheits-, Wasser- und Steuerkommissionen etc., aber auch die höchsten Ämter der Verwaltung und der Justiz werden in manchen Kantonen ehren- oder nebenamtlich bekleidet⁶.

II. Die Dauer der Beamtung ist, gemäss der verschiedenen Betrachtungsweise des Charakters des Amtes, eine verschiedene: dort Lebenslänglichkeit, hier Wahl auf eine bestimmte Zeit. Dem Wesen der reinen Demokratie entspricht es, möglichst *alle* Bürger zur Besorgung der öffentlichen Geschäfte heranzuziehen⁷, um so in der Besetzung der öffentlichen Ämter einen gewissen Wechsel zu ermöglichen. Eine andere Erwägung dürfte aber wahrscheinlich noch in stärkerem Masse an den relativ kurzen Amtsdauern, wie sie in den Kantonen anzutreffen sind, beteiligt sein: das Misstrauen der Bürger gegenüber den Vertretern der staatlichen Allmacht; das Volk will die Aufsicht über seine Vertreter in Verwaltung und Justiz genau so wie über diejenigen im Parlament möglichst effektiv ausüben, d. h. missliebige Beamte bei der Neubesetzung einfach nicht wiederwählen können.

III. Der Status des richterlichen Beamten folgt, ganz allgemein gesehen, demjenigen des Verwaltungsbeamten. In Ländern, die einen geschlossenen Beamtenstand der Verwaltung kennen, bilden auch die Richter einen eigenen Stand, die Entwicklung erfolgte parallel zur Entstehung des Beamtenstandes und des Militärstandes. Ebenso

³ Festgabe Otto Mayer S. 41.

⁴ Diese Auffassung bezeichnet Fleiner auch als den Grund der Abneigung des Schweizlers, das weibliche Element seiner Bevölkerung in eine so weitgehende Politisierung mit einzubeziehen («Ausgewählte Schriften und Reden», S. 247).

⁵ Fleiner, Bundesstaatsrecht § 27 V.

⁶ Wie weit dieses Volksbeamtentum in der Schweiz mancherorts noch geht, darauf weisen z. B. die Prozessordnungen von Luzern, Nidwalden und Graubünden, die ein Vorlesen der Akten im Prozess vorschreiben: man nimmt also an, dass die erscheinenden Richter von ihnen noch keine Kenntnis hätten!

⁷ Fleiner, Bundesstaatsrecht § 27 V.

behandelt der Volksstaat den richterlichen Beamten analog zum Verwaltungsbeamten, seine Amtszeit ist beschränkt, d. h. er untersteht der Kontrolle einer periodischen Neuwahl⁸.

IV. Fleiner hebt aber hervor, dass die Schweiz im Sinne seiner Unterscheidung zwischen Beamten- und Volksstaat nicht als reiner Volksstaat gelten könne. Vorab der Bund hat, um seinen immer wachsenden Aufgaben genügen zu können, einen Beamtenapparat ins Leben gerufen, der viele Züge des Berufsbeamtentums aufweist. «Keine Anstellung auf Lebenszeit, sondern eine solche auf eine bestimmte Zahl von Jahren, aber mit der sichern Anwartschaft, dass der einzelne Beamte nach Ablauf der Amtsdauer wiedergewählt wird, wenn er sich keiner Dienstverletzung schuldig gemacht hat», kann dieser Zustand umschrieben werden⁹. Da die Anstellung von vollamtlich für die Öffentlichkeit arbeitenden Beamten nicht zu umgehen war, prägte man das System des Berufsbeamtentums einfach auf schweizerische Verhältnisse um. Die periodische Neuwahl blieb bestehen, änderte aber ihren Charakter¹⁰. Weiterhin hat die Einführung von Pensionskassen, die eines der Merkmale des Berufsbeamtentums bilden, die Grenze zwischen Beamtenstaat und Volksstaat um ein weiteres Stück zum Verschwinden gebracht: bei dem ehren- oder nebenamtlichen Amt des Volksstaates ist eine Pensionierung natürlich nicht notwendig.

Seit Fleiners Feststellungen ist die Entwicklung weitergegangen, auch in Kantonen, Städten, ja sogar Gemeinden ist die vollamtliche, pensionsberechtigte Beamtung in der Verwaltung immer mehr zur Regel geworden. Auch die Richterstellen unterlagen diesem Wandel, in den volkreichen Kantonen wurde das Richteramt zum Vollamt: der erstmaligen Wahl in ein Gericht folgt — vor allem, wenn sie durch ein kantonales Parlament vorgenommen wird — eine stetige Wiederwahl und zwar solange, bis der Amtsinhaber entweder selbst auf sein Amt zu verzichten erklärt oder er die Altersgrenze erreicht hat.

Ein Vergleich der Amtsentsetzung des Richters in der Schweiz und in den genannten Ländern kann sich also zwar nicht auf gleiche, aber doch teilweise auf wenigstens ähnliche Verhältnisse stützen.

⁸ Darüber, dass diese Neuwahl meist eine Wiederwahl ist, s. unten IV.

⁹ In «Beamtenstaat und Volksstaat», Festschrift Otto Mayer, S. 38.

¹⁰ s. § 13 I.

§ 3. Die Ursprünge der heutigen Stellung des Richters

I. «Es führt zu unentwirrbaren Verwicklungen, wenn man nach der ‚Entstehung‘ des Rechts, des Staates, der Juristischen Person, des Rechtsverhältnisses fragt, ohne sich Rechenschaft zu geben, ob und in welchem Sinn nach der Entstehung dieser Dinge überhaupt gefragt werden kann. Ist es z. B. für die rechtliche Norm des Staates oder eines Staates entscheidend, wie er entstanden ist? Ist die ‚Entstehung des Rechts‘ aus dem, was vor ihm gewesen ist, zu erklären?» — stellt *W. Burckhardt*¹ die Frage, ob und wieweit ein historischer Rückblick mit Hinsicht auf das Wesen eines zu untersuchenden Gegenstandes sich überhaupt rechtfertige und lohne. Im Falle der schweizerischen richterlichen Disziplingesetze, die in mehr als einer Hinsicht Lücken aufweisen, sagt deren Entstehungsgeschichte vielleicht nichts über das Wesen beispielsweise der Amtsentsetzung aus, doch kann auf Grund der Geschichte der Entwicklung der Stellung des Richters festgestellt werden, inwiefern die lückenhaften schweizerischen Regelungen mit denen des Auslandes verglichen und durch deren Grundgedanken ergänzt werden können. Neben dem verbindenden Moment der Ähnlichkeit der beamtenrechtlichen Stellung durch Angleichung der Schweiz an die Verhältnisse des Beamtenstaates² muss auch das Trennende, das in der verschiedenen Entwicklung der Richterstelle im besondern in der Schweiz und im Ausland begründet ist, hervorgehoben werden.

II. Mag die Entwicklung des deutschen, französischen und englischen Richters auch in jedem Land verschiedene Wege gegangen sein, ein gemeinsames Thema lässt sich bei der Entstehung des heutigen Amtes überall feststellen: alle Bemühungen um ein den Anforderungen einer befriedigenden Rechtsprechung genügendes Richtertum münden in der gleichen Forderung: derjenigen nach Unabhängigkeit der Rechtsprechung bzw. des Richters.

A. England: Die englischen Richter³ waren ursprünglich Stell-

¹ Organisation S. 10.

² s. § 2.

³ Zur Frage des englischen Richters: *Heinrich B. Gerland*: «Die englische Gerichtsverfassung», Leipzig 1910, und «Die Beziehungen zwischen dem Parlament und den Gerichten in England», Berlin und Leipzig 1928.

vertreter des Königs, an seiner Stelle sprachen sie Recht⁴. Dieser Stellung entsprechend waren sie auch von der Krone abhängig, der König ernannte und entliess sie nach seinem Belieben. Erst 1684 ernannte Wilhelm III. zum ersten Mal nicht nach seinem «bene placet», sondern auf Lebzeiten; mit dem Vorbehalt allerdings: «quamdiu se bene gesserint», d. h. solange als sie sich gut betrugten. Später verliess er diese Ernennungsart wieder, erst die Thronbesteigung durch die Hannoveraner brachte endgültig eine Aenderung: Die Niederlassungsakte (Act of Settlement) von 1701 stellt fest, die Anstellung der Richter erfolge «Quamdiu se bene gesserint» und gab damit den Richtern (zumindest denjenigen der obern Gerichtshöfe) eine gewisse Unabhängigkeit⁵. Die Vorstellung der Stellvertretung des Königs durch seine Richter bewirkte aber, dass diese Garantie der Stellung des Richters nur für die Lebenszeit des gerade regierenden Monarchen galt; mit der Zeit setzte sich aber die Ansicht durch, die Stellung des Richters werde auch durch einen Thronwechsel nicht berührt. Der Richter ist somit heute nicht mehr der Vertreter des regierenden Königs, sondern der Krone. Durch die bis in die neuesten Gerichtsorganisationsakte⁶ erhaltene Formel der Anstellung «during good behaviour»⁷ wird zwar nicht ausdrücklich, aber doch praktisch die Lebenslänglichkeit des englischen Richteramtes ausgesprochen und damit der Richter vor unbegründeter Amtsentsetzung geschützt.

B. Frankreich: Bis zur Revolution von 1789 war das Grundübel der französischen Rechtsprechung der Aemterkauf⁸. Die Geldver-

⁴ Dieses Verhältnis kommt auch heute noch darin zum Ausdruck, dass der König die Richter aus seiner Privatschatulle, d. h. aus dem Consolidated Fund, besoldet.

⁵ Machte sich im Anfang die Unabhängigkeit des Richters mehr gegen den Machtanspruch der Krone geltend, so gilt sie heute vielmehr in bezug auf die Beziehungen der Rechtsprechung zum Parlament; die Tatsache, dass die Richtergehälter nicht jährlich der Beratung des Parlaments unterworfen sind, sondern durch den ein für allemal bewilligten Consolidated Fund geht, hat heute die Funktion der Verunmöglichung einer Einwirkung des Parlamentes durch Senkung der Gehälter auf die rechtsprechende Gewalt (*Gerland, Parlament und Gerichte, S. 49*).

⁶ z. B. Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925.

⁷ Diese Formel (d. h. during good behaviour) ist auch für die Stellung der Richter der U. S. A. massgebend geblieben.

⁸ Zur Geschichte des französischen Richters: *Martin Göhring*, «Die Aemterkäufllichkeit im Ancien régime», Berlin 1938; *K. Ulrich*: «Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken», Zürich, Diss. 1904, S. 13 ff.; *Léon Ducom*: «De l'Inamovibilité de la Magistrature», Thèse Bordeaux 1902.

legenheit, in der sich die französischen Könige dauernd befanden, liess sie auf diese bequeme Finanzquelle nicht verzichten. Entsprechend den Anschauungen der damaligen Zeit behandelte der durch Kauf zum Magistraten gewordene Bürger sein Amt als weiterveräusserliches Eigentum: der damalige Richterstuhl war sozusagen eine Kapitalanlage und wies gewisse Züge des Immobilienbesitzes⁹ auf. Freilich war ausser dem Kauf des Amtes von seinem früheren Inhaber auch noch die Einsetzung (Investitur) in dieses Amt erforderlich, die durch den König erfolgte, aber nur Formsache war und im Verlauf der Zeit zu einer weiteren königlichen Einnahmequelle ausgebaut wurde. Das Ergebnis einer solchen Aemtervergebung war, dass der zu Amt und Würde gelangte Magistrat so rasch als möglich sein Gut wieder durch hohe Gebühren zurückzugewinnen trachtete; ferner suchten manche Richter durch Aemterkumulation ihre Einnahmen zu vergrössern, was die oft sehr langsame Erledigung von Geschäften zur Folge hatte. Endlich aber verbreitete sich der groteske Zustand immer mehr, dass unverkäufliche Aemter einfach unbesetzt blieben, was sich gleichfalls wieder im Sinne einer allgemeinen Ueberlastung der noch verbleibenden Richterstellen mit Amtsgeschäften auswirkte¹⁰. Einen Vorzug allerdings hatte dieser feste Besitz eines Amtes: er gewährte seinem Inhaber eine weitgehende Unabhängigkeit der Krone gegenüber¹¹, selten nur sind Fälle, in denen ein König einen missliebigen Richter abgesetzt hätte¹². Dieser Unabhängigkeit der *Richter* entsprach aber nicht diejenige der *Rechtsprechung*: durch die «lettres de patentes» und «lettres de cachet» griffen die Könige immer wieder willkürlich in den Gang der ordentlichen Rechtsprechung ein¹³.

Die französische Revolution machte diesem Zustand ein Ende, der neue Richter¹⁴ wurde für eine bestimmte Zeit (6 Jahre) durch das Volk gewählt, Mindestalter für ihn waren 30 Jahre, zudem musste er eine gewisse Erfahrung in Gerichtssachen besitzen. Durch ein

⁹ M. Göhring, a. a. O. S. 7 und 19.

¹⁰ So sollen Anhäufungen von bis zu zehn Aemtern durch die gleiche Person vorgekommen sein. Göhring a. a. O. S. 25.

¹¹ Göhring a. a. O. S. 7, ferner Wilhelm Roscher: «Naturgeschichte der Monarchie, Aristokratie, Demokratie», Neudruck, Leipzig 1933 S. 202.

¹² Göhring S. 20.

¹³ Oskar Werner Kägi a. a. O. S. 58/59.

¹⁴ Gesetz vom 16. 3. 1790.

Dekret des Nationalkonvents vom 14. 10. 1792 wurden aber diese Wahlerfordernisse (mit Ausnahme des Mindestalters, herabgesetzt auf 25 Jahre) abgeschafft. Doch machte dieses, dem Typus des Beamten im Volksstaat entsprechende Amt bald den Wandel zum Beamtenrichtertum durch: nach verhältnismässig kurzer Zeit der Volkswahl (1790—1799) wurde die Ernennung der Richter durch die Verfassung des Jahres VIII wieder in die Hand des Regierungschefs gelegt, wo sie durch alle Wechsel der Staatsformen bis heute geblieben ist¹⁵. Ebenfalls durch die Verfassung des Jahres VIII (Art. 68) wurde die Lebenslänglichkeit des Richteramtes (mit Ausnahme der Friedensrichter) statuiert; Lebenslänglichkeit und Unabsetzbarkeit (*Inamovibilité*) wurden fortan durch alle Regimewechsel hindurch von allen neuen Regierungen grundsätzlich anerkannt — mit dem Schönheitsfehler immerhin, dass *Inamovibilité* immer nur für die vom jeweiligen Regime ernannten Richter galt^{16, 17}.

C. Deutschland: Die ursprünglichen, germanischrechtlichen Volksrichter wurden mit der Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland durch die in Oberitalien an fremdem Recht geschulten «*doctores utriusque iuris*» verdrängt; in enger Abhängigkeit von den einzelnen Landesfürsten entstand so ein Berufsstand, dessen Interessen weitgehend diejenigen des Staatsoberhauptes waren¹⁸. Die oberste Gerichtsinstanz war der Monarch selber¹⁹. Jederzeit konnte er in einen vor einem seiner Gerichte hängigen Prozess eingreifen und kraft seiner Stellung als oberster Gerichtsherr einen «Machtspruch» fällen, ebenso konnte der mit dem Urteil eines Landesgerichts un-

¹⁵ Ob sich dieser Regierungschef nun I. Konsul, Kaiser, König, Präsident oder «*Chef d'Etat*» nannte.

¹⁶ K. Ulrich a. a. O. S. 15 ff.; L. Ducom a. a. O. S. 34/73

¹⁷ Ob dies wirklich ein Schönheitsfehler sei, kann man natürlich bestreiten, denn jede Staatsform beansprucht das Recht für sich, keine «reaktionären» Beamten des vergangenen Regimes als Ballast mitzuführen. Zu welchen Resultaten eine den Zielen der Regierung Opposition leistende Rechtsprechung führen kann s. Robert H. Jackson «*The struggle for judicial supremacy*», New York 1941.

¹⁸ Zur Geschichte des Polizeistaates in Deutschland s. W. Jellinek: «*Verwaltungsrecht*», Berlin 1931, S. 85 ff.; Otto Mayer: «*Deutsches Verwaltungsrecht*», 3. A., München und Leipzig 1924, Bd. I, S. 42 ff.; F. Fleiner: «*Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*», 8. neub. A., Zürich 1939, S. 28 ff.

¹⁹ Er unterstand allerdings seinerseits wieder der Jurisdiktion der Reichsgerichte.

zufriedene Untertan mit einer Bittschrift an seinen Landesvater gelangen. Ungern nur gab der Absolutismus unter dem Einfluss der Lehre Montesquieus von der Gewaltentrennung den Weg für eine unabhängige Rechtsprechung frei. So wollte in Preussen Friedrich I. trotz Einrichten eines Appellationshofes das «ius ultimae provocationis» noch nicht aufgeben, «weil ja sonst gleichsam eine neue Souveränität im Lande etabliert und der königlichen in tantum derogiert würde»²⁰. Doch trat ein gründlicher Wandel der Anschauungen ein und unter dem Schutz des Reichskammergerichts und des Reichshofrates²¹ entwickelten sich die deutschen Gerichte immer mehr zu Gegengewichten der vom Fürsten abhängigen Verwaltung²². Die Vorstellung des Schutzes, den das Gericht dem Individuum gegenüber dem Staat gewährt, führte zu der in der deutschen Gerichtsverfassung von 1877 formulierten «Unabhängigkeit des Richters»²³, die das Richteramt für lebenslänglich erklärte und den Richter vor ungerechtfertigter Amtsentsetzung schützen sollte.

Dem Nationalsozialismus blieb es vorbehalten, die «Unabhängigkeit» des Richters auf eine neue Basis zu stellen²⁴.

III. Ist in England, Frankreich und Deutschland die Geschichte des Richters überall diejenige des Kampfes um seine Unabhängigkeit, so stellt sich im gleichen Zeitraum auf dem Gebiet der alten Eidgenossenschaft dieses Problem kaum, es tritt sogar bis zum Umsturz von 1798 ganz zurück.

Der Kampf der Orte der entstehenden Eidgenossenschaft gegen das deutsche Reich richtete sich nicht so sehr gegen die Zugehörigkeit zu diesem Staatsverband, als gegen die Unterstellung unter «fremde Richter»²⁵, d. h. die vom Kaiser gesandten Reichsvögte²⁶. Mit dem Schwabenkrieg (1499) befreiten sich die Eidgenossen von

²⁰ Den Nachweis des direkten Einflusses von Montesquieus Ideen auf Friedrich II. und dessen Verzicht auf Machtsprüche führt A. Stölzel in: «Fünfzehn Vorträge aus der Brandenburgisch-Preussischen Rechts- und Staatsgeschichte», Berlin 1889, S. 164.

²¹ Eine ausführliche Dokumentation zur Tätigkeit dieser Reichsgerichte bei B. W. Pfeiffer: «Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richtersamtes», Göttingen 1851, S. 68 ff.

²² Für Preussen s. G. Plathner: «Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848», Berlin 1935.

²³ Die Formulierung von GVG 1877 wurde beinahe unverändert durch die Weimarer Verfassung (Art. 102 und 104) übernommen.

²⁴ s. § 12 dieser Arbeit.

²⁵ Schurter & Fritzsche: «Das Zivilprozessrecht der Schweiz», Bd. I, S. 13 ff.

der Vormundschaft des seit 1495 bestehenden Reichskammergerichts und der Gerichtshoheit des deutschen Kaisers. Der westfälische Friede um 1648 bestätigte diese Unabhängigkeit²⁷.

Es fällt schwer, die unabsehbare Menge von Gerichten, die im Mittelalter auf dem Boden der Eidgenossenschaft bestanden, die jede Stadt, jeden Ort eine ihrer Eigenart angepasste besondere Gerichtsbarkeit und Gerichtsorganisation finden liess, auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen²⁸. Es lassen sich jedoch zwei Kategorien voneinander scheiden: einerseits die von den XIII Orten oder zugewandten und befreundeten Orten für die eigenen Bürger bestellten Gerichte, anderseits die für die unfreien Gebiete bestellten Vögte, die Gerichtsherren der «Vogtleute»²⁹ waren. Zu Kompetenzkonflikten kam es wohl zuweilen zwischen einzelnen Gerichten³⁰, kaum aber zwischen den kleinen oder grossen Räten und den Gerichten. Ganz natürlicherweise waren die kleinen Räte, die die oberste Gewalt verkörperten, auch oberste Instanz in Gerichtssachen, analog zur Stellung des Landesherrn in monarchischen Staaten. Da jedoch zwischen Regierenden und Gewaltunterworfenen in der alten Eidgenossenschaft die Gegensätze, wenn schon an ihrem Vorhandensein nicht gezweifelt werden kann, mit Ausnahme der Untertanengebiete nirgends so ausgeprägt wie in den monarchisch regierten Staaten Europas zu gleicher Zeit waren³¹, bestand auch kein eigentliches Bedürfnis nach einer Verselbständigung und Unabhängigkeit der Gerichte, deren Unterstellung unter die Regierung (bzw. die Landsgemeinden) selbstverständlich schien. Die Vögte, von deren Rechtsprechung uns Pestalozzi in «Lienhard und Gertrud» und Gottfried Keller im «Landvogt von Greifensee» ein anschauliches (allerdings idealisiertes) Bild zeichnen, vertraten die Regierung in der Landschaft, d. h. den Untertanengebieten; an Stelle der Regierung spra-

²⁶ Ausführlichere Darstellung bei K. Ulrich a. a. O. S. 130 ff.

²⁷ s. Karl Strupp: «Documents pour servir à l'histoire du droit des gens», 2. A., Berlin 1923, S. 17.

²⁸ Eine Uebersicht über diese Gerichte gibt H. Fehr im historisch-biographischen Lexikon der Schweiz im Artikel «Gerichtsbarkeit».

²⁹ Oder, wie sie auch geheissen wurden: «Arme Leute» resp. «Gotteshausleute», wenn das Gebiet einem Kloster gehörte.

³⁰ Für ein Beispiel eines solchen Konfliktes, der durch den Grossen Rat der Stadt Zürich entschieden wurde s. A. Buhofer: «Geschichte des Stadtgerichtes von Zürich», Zürich 1943, S. 178.

chen sie Recht — auch hier richtete sich die Unzufriedenheit der Untertanen wohl gegen die Bevogtung als solche, für eine Bewegung zu Gunsten der Unabhängigkeit der Rechtsprechung lag aber auch hier kein unmittelbarer Anlass vor.

Neben vielem anderem änderte die helvetische Verfassung von 1798 auch das Gerichtswesen in unserem Lande von Grund auf^{32, 33}. Nach dem Muster Frankreichs wurde ein zentraler oberster Gerichtshof für das Gebiet der ganzen Helvetischen Republik und in allen Kantonen Kantons- und Bezirksgerichte errichtet. Das Gewaltentrennungsprinzip wurde, ebenfalls nach französischem Muster, der Helvetischen Verfassung zugrunde gelegt — mit wichtigen Einschränkungen allerdings. So hatte nämlich das Direktorium das Recht, kantonale (vom Volk gewählte!) Gerichtshöfe abzusetzen und an deren Stelle bis zu den nächsten Wahlen ein ihm genehmes Gericht zu ernennen³⁴.

In der *Mediationszeit* (1803—14) setzte eine rückläufige Bewegung ein: viele der alten Gerichte wurden erneut eingesetzt; die Idee der Gewaltentrennung war aber bereits soweit gemeines Gedankengut geworden, dass die meisten Kantone die oberste Appellationsgewalt nicht wieder den Räten, sondern eigens geschaffenen Appellationsgerichten zuwiesen³⁵. Die *Restauration* dagegen liess die alte Abhängigkeit der Gerichte von der Regierung wieder aufleben: entweder waren Grosser oder Kleiner Rat letzte Appellationsinstanz, oder dann wählten sie das höchste Gericht aus ihrer Mitte³⁶. Anders als früher erregte nun allerdings *jetzt* diese Gewaltenvermengung Misstrauen gegen die von der Regierung abhängigen Gerichte³⁷ und in der *Regenerationszeit* (1830—48) wurde die Rechtsprechung unter dem Druck der liberalen Forderungen wieder selbständig: die

³¹ So nennt etwa *Montesquieu* in den «Lettres persanes» (1721) die Schweiz «l'image de la liberté (lettre CXXX)» und an anderer Stelle lobt er «la douceur du gouvernement» dieser Republik (lettre CXVIII).

³² *Schurter & Fritzsche* a. a. O. S. 138 ff.

³³ Vgl. C. L. *Usteri*: «Gerichtsorganisation im Zivilprozess im Kt. Zürich während der Helvetik» Diss. Zürich 1935; und Robert *Levy*: «Der oberste Gerichtshof der Helvetik», Diss. Zürich 1945.

³⁴ Art. 105 der 1. Helvetischen Verfassung.

³⁵ E. *His*: «Geschichte des neueren schweizerischen Staatsrechts», Basel 1920 bis 1938, Bd. I S. 315.

³⁶ *His* a. a. O. II 249.

³⁷ *His* a. a. O. II 250.

personelle Trennung wurde vollständig durchgeführt, die untern Richter wurden durch das Volk gewählt; die obersten kantonalen Gerichte wurden zwar in den meisten Kantonen durch das Parlament bestimmt, waren aber mit Ausnahme eines allgemeinen Aufsichtsrechtes des Parlamentes über die Rechtsprechung von den beiden andern Gewalten unabhängig³⁸. Eine nur sekundäre Rolle spielte die Frage der Lebenslänglichkeit resp. der begrenzten Amtszeit: einige Kantone liessen auch im Anfang der Regeneration noch die Lebenslänglichkeit der Richterstellen bestehen, «da ein Machtmissbrauch (im Gegensatz zum Verwaltungsbeamten!) weniger zu befürchten war»³⁹. Erst im Laufe der späteren Verfassungsänderungen wurden auch diese letzten lebenslänglichen Richterstellen analog zu den Beamtungen der Verwaltung zu zeitlich begrenzten Aemtern.

IV. Die in England erfolgte Emanzipierung der Richter gegenüber der Regierung, d. h. der Krone (1701) bewirkte auf dem Weg über Montesquieus Forderung nach Gewaltentrennung im «Esprit des lois» (1748) auch die Unabhängigkeit der deutschen, französischen und schweizerischen Richter. Auffallen muss an der Entwicklung in der Schweiz, dass sie bedeutend weniger gradlinig verlief als in den andern Ländern: in England und Deutschland war die Unabhängigkeit des Richters eine stete, aber nur langsam verwirklichte Forderung der Krone gegenüber; in Frankreich wurde der Richter nach Beseitigung der Aemterkäufllichkeit grundsätzlich von den andern Gewalten getrennt (wenn auch die Mittel, durch die eine Unabhängigkeit des Richterstandes erreicht werden sollte, wechselten) — in der Schweiz sehen wir dagegen mit der Restauration eine *neue Unterstellung der Rechtsprechung unter die Regierung*, eine Erscheinung, die wir weder in Frankreich noch in Deutschland unter dem reaktionären Absolutismus dieser Zeit sehen. Daraus lässt sich zweierlei schliessen:

1. Die Mißstände einer von der Regierung abhängigen Rechtsprechung auf dem Gebiet der alten Eidgenossenschaft können nicht schlimm gewesen sein, sonst wäre eine Rückkehr zur Gewaltvereinigung in einer Zeit, da die Reaktion anderer Staaten vor

³⁸ Ueber die Bedeutung dieser Aufsicht s. § 6.

³⁹ *His a. a. O.* II 331.

der Unabhängigkeit des Richters halt machte, nicht möglich gewesen⁴⁰.

2. War die erste Periode der Gewaltentrennung der *Helvetik* eine ohne dringendes Bedürfnis auf den Stamm der alten Eidgenossenschaft gepfropfte Institution, so bezeugt die Forderung nach erneuter Gewaltentrennung der *Regeneration*, dass die Ideen der Aufklärung nun in weiten Schichten der Bevölkerung Wurzel gefasst hatten: die nunmehrige Forderung war tatsächlich eine Ergänzung und Sicherung der individuellen Freiheitsrechte⁴¹.

V. Aus dieser Entwicklung des Richteramtes im Ausland und in der Schweiz geht hervor, dass die im Ausland, hauptsächlich aber in Frankreich und Deutschland zum staatsrechtlichen Grundsatz gewordene Inamovibilität, d. h. Unabsetzbarkeit des Richters, nicht ohne weiteres auch als Grundsatz des schweizerischen Staatsrechts in Anspruch genommen werden kann.

⁴⁰ Einzig die Kantone der ehemaligen Untertanengebiete behielten auch zu dieser Zeit die Gewaltentrennung aufrecht.

⁴¹ s. Z. *Giacometti* «Staatsrecht der Kantone», S. 164.

Die Stellung des Richters

Ungeachtet ihrer Staatsform hat jede menschliche Gesellschaft das Bedürfnis, das Gesetz, d. h. die Summe der Rechtsnormen, die sie sich gegeben hat, gegenüber den Einzelnen durchzusetzen. Da im Einzelfall fraglich und streitig sein kann, ob eine Rechtsnorm anwendbar sei oder nicht, benötigt jedes Gemeinwesen eine Instanz, deren Entscheide von der allgemeinen Ueberzeugung getragen werden, dass sie *g e r e c h t* seien: dass die Regelung des Einzelfalles auf der Linie des allgemeinen Willens, d. h. des Gesetzes liege.

Diese Instanz ist *der Richter*.

§ 4. Die Unabhängigkeit des Richters

I. Hat die Justiz im gewaltentrennenden Staat als rechtsanwendende Gewalt zwar nicht das Monopol auf die Tätigkeit der Subsumierung einzelner Tatbestände unter generell-abstrakte Normen, da auch der Verwaltung diese Aufgabe obliegt¹, so unterscheidet sie sich von letzterer doch gerade dadurch, dass sie in ihrer Tätigkeit als Staatsorgan nie als Partei auftritt: ob es sich nun um Streitigkeiten zwischen zwei oder mehreren Individuen (Zivilgerichtsbarkeit) oder zwischen Staat und Individuum (Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit) handle, ist es Aufgabe der Rechtsprechung, zu entscheiden, wessen Anspruch zweier sich streitender Parteien

¹ Den neuesten Versuch einer Systematisierung und Unterscheidung der Tätigkeiten der Verwaltung und der Justiz unternimmt A. Bascho in der Arbeit: «Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung im schweizerischen Recht.» Das von ihm gewählte Kriterium: «Die Tätigkeit der Justiz ist die im Wege der Rechtsanwendung erfolgende konkrete Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens behaupteter Rechtsverhältnisse des Einzelnen..., die Tätigkeit der Verwaltung ist ... immer konkrete Feststellung des Bestehens eigener öffentlich-rechtlicher Pflichten» hat den Nachteil, die Strafrechtspflege der Verwaltungstätigkeit zuzuteilen. Die Konstruktion (S. 52), nach welcher das Strafrecht innerhalb des gewählten Systems trotzdem zur Rechtsprechung gezählt werden könne, vermag nicht zu überzeugen.

rechtens sei^{2, 3}. Selber staatliches Organ, soll die Justiz also gewissermassen über dem Staate stehen — dies ist ein innerer Widerspruch in der Gewaltentrennungslehre⁴. Die liberale Auffassung einer Individualsphäre des Einzelnen, die er gegen jeden ungesetzlichen Eingriff sowohl von Seiten anderer Individuen als auch der Vertreter des Staates zu wahren berechtigt sei, verlangt die *Unabhängigkeit der Rechtsprechung* — eine Unabhängigkeit von den andern staatlichen Organen, insbesondere aber von der Verwaltung, welche die Gewaltentrennung durch eine *Unabhängigkeit der Gerichte* zu verwirklichen sucht. Die organisatorische Trennung der Gerichte von den beiden andern Gewalten soll eine unbeeinflusste Rechtsprechung gewährleisten. — Diese der Gewaltentrennung innewohnende Selbstständigkeit des Richters fand in allen modernen Staaten in der Masse statt, als das Prinzip der «balance des pouvoirs» in ihren Verfassungen Eingang fand⁵.

Ueber die organisatorische Gewaltentrennung hinausgehend wurde aber, in der Hauptsache in Frankreich und Deutschland, die Forderung nach der *Unabhängigkeit des Richters*⁶ erhoben. Nicht

² Die Rechtsprechung ist natürlich nur die Hauptfunktion der richterlichen Gewalt, d. h. der Gerichte. Da sich ihre Stellung im Staat aber nach dieser Hauptfunktion richtet, können an dieser Stelle die Nebenfunktionen ausser acht gelassen werden.

³ Auch im *Strafprozess* erhebt der Angeklagte Anspruch auf Freisprechung, während der öffentliche Ankläger Bestrafung fordert. Verdienst des Liberalismus ist es ja, den Inquisitionsprozess in den modernen Strafprozess, in dem der Staat als Partei auftritt, umgewandelt zu haben. Ebenso muss die *Verwaltungsgerichtsbarkeit* als Rechtsprechung angesehen werden: auch hier handelt es sich ja um einen Rechtsstreit (in welchem der Staat vertreten durch die Verwaltung als Partei auftritt). Uns scheint das Resultat *Bascho's* a. a. O. S. 53, der die Verwaltungsgerichtsbarkeit dem Gebiet der Verwaltung zuteilen will, als am Kern der Sache vorbeigehend: mag der beurteilte Verwaltungsakt auch nach der richterlichen Prüfung seinen Charakter als Verwaltungsakt beibehalten, so ist er doch einer unabhängigen Instanz zur Beantwortung der Frage, ob er rechtens sei, vorgelegt worden. Und eben in dieser Lösung eines Rechtsstreites durch eine unabhängige Instanz sehen wir die Aufgabe der Rechtsprechung.

⁴ Diese quasi überstaatliche Stellung der Justiz wird besonders deutlich bei der Frage der Verfassungsgerichtsbarkeit: entweder ist die Justiz Hüterin der Verfassung, oder sie wird durch diese behütet.

⁵ Nach *His* ist Gewalttrennung dann vorhanden, wenn die objektive Ausecheidung der Verantwortlichkeiten festgelegt ist. Hinzukommen können aber noch folgende Momente: 1. personelle Trennung der Gewalten, 2. Nichteinmischung einer Gewalt auf die Tätigkeit einer andern Gewalt, und 3. Keine Ernennung und Abberufung der Funktionäre einer Gewalt durch eine andere Gewalt (Schweiz. Staatsrecht I 180).

⁶ Zur Problematik dieser Unabhängigkeit s. W. *Beradt*: «Der deutsche Richter», Frankfurt a. M. 1930 S. 58 ff.

nur die richterliche Gewalt als solche, sondern auch der Vertreter dieser Gewalt, der Richter, soll unabhängig sein. Er soll gegen die Einflüsse, die sich aus seiner Stellung als Mensch mit seinen mannigfachen Bindungen zur Umwelt ergeben, gesichert sein; diese Einflüsse sollen keine Einwirkung auf seine Richtertätigkeit im allgemeinen oder gar auf ein bestimmtes Urteil haben⁷. Das Streben nach der *persönlichen* Unabhängigkeit des Richters hat sowohl im Ausland als auch in der Schweiz verschiedene Sicherungen des Richters zur Folge gehabt.

II. Bevor die Ausgestaltung dieser Unabhängigkeit des Richters im einzelnen untersucht werden kann, muss zuvor auf die Besonderheit der Stellung des Richters als Beamter⁸ eingegangen werden:

Die starke Abhängigkeit des *Verwaltungsbeamten* von seinen Vorgesetzten bildet, vorab im Beamtenstaat, geradezu das Merkmal des Beamtenwesens. Sie allein ermöglicht trotz der Vielzahl von Aemtern die Einheitlichkeit des Staatswillens in der Verwaltung⁹. Das verlustig zu gehen. Diese Drohung besteht naturgemäss vor allem für den sein Amt *berufsmässig* ausübenden Richter des Beamten-

⁷ s. auch *Fritzsche*: «Richteramt und Persönlichkeit», Zürich 1921.

⁸ Wer ist eigentlich Beamter? Für den Beamtenstaat ist diese Frage leicht zu beantworten: derjenige, der nach Ablegung des Akzessexamens in den Beamtenstand aufgenommen wird; er bleibt also auch Beamter, wenn er zeitweilig einmal kein Amt ausfüllen sollte. Dieser feststehende Begriff eines Beamten führt nun bei der Uebernahme durch den Volksstaat zu einem verschwommenen Bild: bald wird als Beamter einfach derjenige bezeichnet, der in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis zum Staat steht (Abgrenzung gegen die *Staatsangestellten*, die privatrechtlich angestellt sind); bald jener, der amtliche Funktionen ausübt (Imperiumsträger); bald tritt das Kriterium der Subordination hinzu (Abgrenzung gegen «Mitglieder von Behörden»). Aus dem Wortgebrauch von Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft lässt sich schlechthin kein gemeinsamer Begriff eines Beamten gewinnen. Das Kriterium der Beamteneigenschaft ist nicht wissenschaftlich, sondern rein äusserlich gewählt, nicht juristischer, sondern tatsächlicher Natur (d. h. Zugehörigkeit zu einem Stand). Wenn man auch im Volksstaat von Beamten spricht, verliert man dieses Kriterium. Der schweizerische Sprachgebrauch des Wortes «Beamter» kann sich nur auf die Aehnlichkeit der Stellung des schweizerischen Amtsträgers mit derjenigen eines wirklichen Beamten stützen. Ueber den Begriff des Beamten im Volksstaat s. a. *Fleiner*, Bundesstaatsrecht S. 236 und Institutionen S. 95; ferner *H. Escher*: «Schweizerisches Bundesbeamtenrecht», Zürich Diss. 1903 S. 5; *Bernhard R. Garbade*: «Disziplinarrecht der Funktionäre der kantonal- und stadt-zürcherischen Verwaltung», Zürich Diss. 1944 S. 13 und 43; *H. Nügeli*: «Die Disziplinargewalt des Staates und der Gemeinden über ihre Beamten und Angestellten», Zürich Diss. 1915 S. 37; *H. Spielmann*: «Die Grundlagen des Beamtenverhältnisses in der Schweiz», Diss. Basel 1930.

⁹ *Fleiner*, Institutionen S. 95.

wichtigste Moment dieser Abhängigkeit ist die Gehorsamspflicht, der anderseits aber eine Befreiung von Verantwortung für das sich im Rahmen des Auftrages und der Gesetze bewegende Handeln gegenübersteht¹⁰. Von dieser Gehorsamspflicht, die sich aus dem Subordinationsverhältnis des Beamten ergibt, soll der Richter (dessen Stellung eben doch diejenige eines Beamten ist) soweit befreit werden, als dies für die selbständige und unbeeinflusste Rechtsfindung nötig ist¹¹. Ferner soll er auch von allen weiteren Bindungen, die sich aus seinem Anstellungsverhältnis zum Staat ergeben, unabhängig gemacht werden¹²; dies ist der weitere Sinn der Forderung nach Unabhängigkeit des Richters.

III. Die Sicherung der Unabhängigkeit des Richters ist im einzelnen durch folgende Massnahmen versucht worden:

1. *Die Unabsetzbarkeit, d. h. Inamovibilität*¹³. Der Richter soll nicht befürchten müssen, infolge einer Stellungnahme, zu welcher ihn die gewissenhafte Erfüllung seines Amtes zwingt, seiner Stelle staates; die Statuierung seiner grundsätzlichen Unabsetzbarkeit soll ihn gegen willkürliche Amtsentsetzung schützen. Diese Unabsetzbarkeit kann aber aus leichtersichtlichen Gründen keine absolute sein: dem Interesse an unabhängigen Richtern steht die Notwendigkeit, amtsunfähig oder amtsunwürdig gewordene Beamte aus dem Staatsdienst zu entfernen, gegenüber. Daher gilt die Inamovibilität auch dort, wo sie verfassungsrechtlich garantiert wird, nur soweit, als sie nicht durch die Gesetzgebung (Disziplinar- und Strafrecht) eingeschränkt wird: sie ist die dem Richter gewährte Garantie gegen eine Amtsentsetzung, deren Ursachen, Bedingungen und Verfahren nicht im Gesetz vorgesehen sind, kurz, gegen die willkürliche Entsetzung vom Amt¹⁴.

¹⁰ Eine Reaktion auf die im zweiten Weltkrieg zutage getretenen Mängel, das dem «legal» zur Macht gelangten Nationalsozialismus einen blind gehorchenden Beamtenapparat in die Hände legte, sind die neuen deutschen Beamtengesetze, die diese Befreiung von Verantwortung nicht mehr anerkennen («Die TAT» vom 15. 10. 1946).

¹¹ Nicht verwirklichen lässt sich dagegen eine Unabhängigkeit des Richters von dem *Milieu*, in dem er aufgewachsen ist. Siehe H. Pfenninger: «Liberalismus und Strafrecht» in der Festgabe für F. Fleiner 1937 S. 263 und Beradt a. a. O. S. 42 f.

¹² Fleiner, Institutionen S. 96, N. 14.

¹³ Léon Ducom: «De l'inamovibilité de la magistrature» Thèse Bordeaux 1902.

¹⁴ Artikel «Inamovibilité» in der Grossen französischen Enzyklopädie, Paris 1885, Bd. 20 S. 650: «L'inamovibilité consiste en ce qu'un magistrat ne peut pas

2. *Die Lebenslänglichkeit.* Ursprünglich war die Lebenslänglichkeit des Richteramtes im Beamtenstaat ganz zufällig: wurde er nicht abgesetzt, blieb der Richter eben zeitlebens im Amt. Mit Beseitigung der willkürlichen Amtsentsetzung¹⁵ wurde die Richterstelle nun de facto zur lebenslänglichen (so in England). Andererseits wurde die Lebenslänglichkeit aber auch bewusst als ein Element der Unabhängigkeit des Richters in der Verfassung verankert als Ergänzung zur Inamovibilität (etwa in Deutschland): die Aussicht, nicht wiedergewählt zu werden, könnte genau denselben Druck auf den Richter ausüben wie die Drohung einer willkürlichen Entlassung. Die Lebenslänglichkeit ist also zwar nicht begriffsnotwendig in der Inamovibilität enthalten, sie gestaltet diese aber erst wirkungsvoll.

3. *Die Ernennung durch das Staatsoberhaupt.* Diese soll gegenüber der Volkswahl oder Wahl durch das Parlament den Vorteil besitzen, den künftigen Richter von parteimässigen Bindungen freizuhalten¹⁶.

4. *Garantie des Gehaltes.* Auch die auf das Gründlichste gesicherte Unabsetzbarkeit des Richters kann hinfällig gemacht werden durch eine starke Gehaltskürzung der sich im Amt befindlichen Richter, die auf diese Weise indirekt zur Aufgabe ihres Amtes gezwungen werden könnten; schon die blosse Möglichkeit eines solchen Gehaltabbaues könnte die Unabhängigkeit des Richters gefährden, deshalb werden die Gehälter der Richter meist auf irgend eine Weise garantiert¹⁷.

5. *Der Wegfall der Beförderung.* Die Aussicht auf Beförderung in ein höheres Gericht führt in den ausgesprochenen Beamtenstaaten zu einer Abhängigkeit des Richters von der diese Beförderung vornehmenden Exekutive. Der englische Richter wird deshalb grund-

être arbitrairement privé de ses fonctions ou même changé de résidence; si ce n'est sous les conditions, avec les formes et dans les cas déterminés par la loi ...»

¹⁵ Siehe § 3 II A. und B.

¹⁶ Ueber die Wahl der Richter und den Einfluss der politischen Parteien auf die Unabhängigkeit des Richters s. § 5.

¹⁷ In der Schweiz werden die Beamtengehälter als «wohlerworbene Rechte» behandelt (s. § 17 III), in England werden die Richtergehälter aus dem Consolidated Fund bezahlt (S. 21 N. 5 dieser Arbeit). Die Entwicklung hat es mit sich gebracht, dass der englische Richter, der seinerzeit vor den Uebergreifen des Königtums geschützt werden musste, heute von der Regierung gegen Angriffe des Parlaments in Schutz genommen wird (S. 57 unten).

sätzlich nicht befördert¹⁸. Auch in Deutschland ist die Verunmöglichung eines Avancements schon vorgeschlagen worden, ohne dass diese Anregung aber verwirklicht worden wäre.

6. *Die Pensionierung* kann auch in einer gewissen Beziehung unter die die Unabhängigkeit des Richters garantierenden Faktoren gerechnet werden, und zwar dort, wo der Richter nicht auf Lebenszeit in sein Amt gewählt wird, aber doch durch regelmässige Wiederwahl zum Berufsrichter geworden ist. Dank der Pensionierung wird er bei einer eventuellen Nichtwiederwahl nicht einfach brotlos, die Pensionierung kann also u. U. die bei 2. (Lebenslänglichkeit) geschilderten Nachteile der kurzen Amtszeit aufheben¹⁹.

7. *Ausschluss der zivilrechtlichen Haftpflicht für die Folgen des richterlichen Handelns*. Dass das gutgläubige Handeln des Verwaltungsbeamten im Rahmen seiner Kompetenzen Befreiung von der Verantwortung für die zivilrechtlichen Folgen dieses Tuns nach sich zieht, ist schon unter II. gesagt worden. Für den Richter gilt dasselbe²⁰, diese Befreiung geht in England sogar soweit, dass er geschützt wird, gleichviel, ob er mala oder bona fide gehandelt habe²¹!

IV. Neben der staatsrechtlichem Denken entsprungenen Unabhängigkeit der Gerichte und der beamtenrechtlichen Unabhängigkeit des Richters, ordnen die meisten Gerichtsverfassungen den Schutz der Mitglieder ihrer Gerichte während ihrer Amtstätigkeit gegen Beleidigungen an. Soweit diese Beleidigungen Drohungen gegen den Gerichtshof, d. h. dessen Mitglieder enthalten, kann auch den gegen diese Störungen des Gerichtsbetriebes eingreifenden Ordnungsstrafen eine gewisse Funktion zur Ermöglichung eines unbeeinflussten Ur-

¹⁸ Gerland weist aber nach, dass auch in England die Beförderung eines Richters (vor allem innerhalb der obern Gerichtshöfe) doch gelegentlich vorkomme (Gerichtsverfassung S. 793). Zu dieser Frage auch Berath a. a. O. S. 66.

¹⁹ Wenn die Pensionierung vom Erreichen eines bestimmten Alters abhängig gemacht wird, ist diese Garantie allerdings unwirksam.

²⁰ In der Schweiz bleibt die persönliche Haftung des Richters bei Amtspflichtverletzungen bestehen: s. M. Stadlin: «Die zivilrechtliche Haftung des Richters für Schäden aus Amtspflichtverletzungen», Zürich Diss. 1934.

²¹ Halsbury: The Laws of England 2nd Ed. London 1931 — ... vol. XXIII, p. 326: «Wherever protection of the exercise of judicial powers applies, it is so absolute, that no allegation that the acts or words complained of were done or spoken mala fide, maliciously, corruptly, or without reasonable or probable cause suffices to found an action.»

teils zugesprochen werden — obwohl dieser Versuch eines Einflusses auf die Rechtsprechung wohl kaum von grosser Bedeutung ist²².

V. Die Unabhängigkeit der *Rechtsprechung*, d. h. des richterlichen Entscheides wird grundsätzlich in allen besprochenen Ländern angestrebt, doch sind die Mittel zu diesem Zweck verschieden: begnügt sich der reine Volksstaat in der Hauptsache mit der Trennung der Gewalten, so muss der Beamtenstaat sozusagen im Rahmen seines Beamtensystems auf dessen wichtigste Prinzipien (Subordination und Gehorsamspflicht) zu Gunsten der Unabhängigkeit der Rechtsprechung verzichten. Der Zweck ist jedoch in beiden Fällen derselbe.

§ 5. Die Wahl des Richters

I. Da eine menschliche Gesellschaft nicht alle Funktionen ihrer Souveränität selber ausüben kann, sondern deren Ausübung besonderen Organen¹ anvertrauen muss, ist das *Vertrauen* in das richtige Funktionieren dieser Organe, bei denen sich naturgemäss die staatliche Macht konzentriert, von grösster Bedeutung². Das Vertrauen in die Gerechtigkeit der Rechtsprechung eines Staates ist aber weitgehend abhängig von der Besetzung der Richterstellen. Deshalb kommt der Bestellung der Gerichte in allen Staaten grösste Bedeutung zu³.

II. Bei der Aufzählung der verschiedenen Arten der Wahl des Richters muss man sich die Verschiedenartigkeit der Richterstellen (die es nur durch eine starke Generalisierung erlaubt, von einem «Richter» schlechthin zu sprechen) stets vor Augen halten; diese Verschiedenheit der zu besetzenden Aemter bringt auch eine differenzierte Wahlart mit sich. Je nach dem Maßstab, der angelegt wird, ergeben sich folgende Kategorien:

²² Speziell im englischen Recht wird Wert auf völlige Unbeeinflusstheit des Richters von dieser Seite gelegt. Vgl. *Gerland* in «Parlament und Gerichte» über den «contempt of court» S. 55 ff.

¹ Staatsorgane sind diejenigen Personen, «die in der Staatsgemeinschaft nach Massgabe der Verfassung zur Ausübung der staatlichen Herrschaft berufen werden.» *Giacometti*, Staatsrecht der Kantone S. 181/82.

² *A. Streuli*: «Die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und das Aufsichtsrecht der Parlamente über die Gerichte», Zürich Diss. 1922, S. 2 und 3.

³ *K. Ulrich*: «Die Bestellung der Gerichte in modernen Demokratien», Zürich Diss. 1904.

1. *Volksrichter und Beamtenrichter.* Massgebend für diesen Unterschied ist die Stellung des betreffenden Staates zum Beamtentum überhaupt⁴.

2. *Richter im Haupt- und im Nebenamt.* Für diese Unterscheidung wird abgestellt auf die *Zeit*, die der Richter seiner Stelle widmen muss, ob er neben seiner richterlichen Tätigkeit noch einen andern Beruf ausüben kann (und darf: viele Gesetze verbieten es ihm ausdrücklich — oder auch muss: die ungenügende Besoldung als Richter kann ihn zur Ausübung einer weitem Tätigkeit zwingen). Die Grenze zwischen dem hauptamtlichen Berufsrichter und dem Richter im Nebenamt verläuft nicht parallel zur Unterscheidung zwischen Beamtenrichter und Volksrichter: auch die Beamtenstaaten kennen den Richter im Nebenamt, der Berufsrichter ist aber auch in eigentlichen Volksstaaten (etwa den Kantonen der Schweiz) an den höhern Gerichten die Regel.

3. *Laienrichter und gelehrte Richter.* Dem Bedürfnis des Volkes, von seinesgleichen beurteilt zu werden, kommt die Einsetzung von Laienrichtern, d. h. von Richtern ohne juristische Hochschulbildung, entgegen. Das Ressentiment, das sich beim Volk gegen den der Rechtspflege eben immer anhaftenden Formalismus richtet, trifft denjenigen, der sich in diesem Buch mit sieben Siegeln auskennt⁵. Da die Annahme, dass jeder Bürger das Gesetz kenne, immer nur eine Fiktion sein kann, ist im Volk immer wieder das Bedürfnis vorhanden, Richter zu bestellen, die vom Gesetz nicht mehr verstehen, als der durchschnittliche Bürger selber! Diesem Phänomen verdankt der Laienrichter seine Existenz. Die Wahl eines Laienrichters ist im reinen Volksstaat die natürliche Besetzungsart des Richteramtes⁶, sie findet sich aber auch im Institut der Geschworenen- und Schöffengerichte des Beamtenstaates.

⁴ Siehe § 2.

⁵ Teilweise richtet sich diese Ablehnung eines gelehrten Richters auch gegen die — vermeintliche oder wirkliche — «déformation professionnelle» dieses Standes: das Denken in Rechtsbegriffen führt zu einem gewissen Schema, zu einer Ueberbewertung der formellen Elemente des Urteils in ihrem Verhältnis zu den materiellen Tatsachen (s. W. Burckhardt: «Einführung in die Rechtswissenschaft», Zürich 1939, S. 234).

⁶ Die Wahl eines Laien ist in der Schweiz oft deshalb geradezu eine Notwendigkeit, weil zufolge der föderalistischen Struktur des Landes gar nicht immer genügend Kandidaten mit juristischer Vorbildung zur Besetzung aller Richterstellen vorhanden sind.

III. Die Bestellung des Richters zu seinem Amt erfolgt entweder durch *Wahl* oder durch *Ernennung*. Da es aber für die Stellung des Richters irrelevant ist, ob seine Einsetzung ins Amt auf eine Ernennung oder auf eine Wahl zurückzuführen sei, können wir uns an dieser Stelle mit der Feststellung begnügen, dass die Ernennung beamtenstaatlichem, die Wahl volksstaatlichem Denken entspricht⁷. Da auch der Ernennung eines Richters eine Wahl unter den in Frage kommenden Anwärtern vorausgeht, kann hier ohne begriffliche Vergewaltigung auch bei Beamtenstaaten von einer Wahl des Richters die Rede sein.

Die Wahl der Richter erfolgt entweder durch das Volk direkt oder durch eines seiner Organe. Es lassen sich folgende Wahlarten unterscheiden:

1. *Die Volkswahl*. Die direkte Wahl der Richter durch das Volk ist da, wo sie vorkommt, mit dem Wesen politischer Parteien eng verknüpft und birgt daher — wenn sie noch, wie dies in der Schweiz der Fall ist, mit der begrenzten Amtszeit, d. h. periodischen Wiederwahl verbunden ist — gewisse Gefahren für die Unabhängigkeit der Rechtsprechung in sich^{8, 9}. Für die gute Besetzung der Richterstellen bietet die Volkswahl, da oft parteipolitische Erwägungen bei der Aufstellung der Kandidaturen den Ausschlag geben, nicht immer Gewähr. Auch verliert sie bei Vergrößerung des Wahlkreises über ein gewisses Mass hinaus ihre ursprüngliche Daseinsberechtigung: der Wähler hat gar keine Möglichkeit mehr, sich von der Persönlichkeit, die er zum Richter bestellen soll, ein Bild zu machen und ist auf die Parteiparole angewiesen. — Dagegen hat die Volkswahl den Vorteil, im Sinne der Gewaltentrennung eine Einflussnahme einer andern Gewalt auf die Rechtsprechung zu verhindern¹⁰.

2. *Wahl durch das Parlament*. Den oben geschilderten Unzulänglichkeiten bei der Bestellung der höheren Gerichte sucht man in Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft mit der Richterwahl durch das Parlament abzuweichen. Auch sie hat aber eine

⁷ Escher a. a. O. S. 33 N. 3 stellt ein anderes Kriterium auf: die Wahl erfolge von unten nach oben, die Ernennung von oben nach unten.

⁸ Siehe oben S. 30 (§ 4 III 2 und 3).

⁹ K. Ulrich a. a. O. S. 140 ff.

¹⁰ Siehe oben S. 26 N. 2.

Verteilung der Richterstellen nach parteipolitischen Gesichtspunkten zur Folge¹¹.

3. *Wahl (resp. Ernennung) durch die Regierung.* Die dem Beamtenstaat eigene Ernennung des Richters durch den Chef der Exekutive¹² soll diese Mißstände vermeiden, sie soll den Richter von der Bindung an diejenige Partei, die ihm zu seinem Amte verholfen hat, frei halten. Der Abhängigkeit der Exekutive gegenüber wird dagegen durch Lebenslänglichkeit und Unabsetzbarkeit zu begegnen versucht^{13, 14}.

4. *Wahl durch die Gerichte selber.* Auch diese Bestellungsart ist schon vorgeschlagen worden¹⁵, doch ginge diese Selbstkonstitution in der Verwirklichung der Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt wohl zu weit. Dagegen ist aus reinen Zweckmässigkeitserwägungen die Bestellung von Ersatzrichtern in der Schweiz oft in die Hände der Gerichte selber gelegt worden¹⁶.

Ein direkter Vergleich lässt sich zwischen diesen verschiedenen Arten der Richterbestellung nicht ziehen, da die Bedeutung der Richterstellen, wie unter II ausgeführt wurde, eine ganz unterschiedliche ist — volks- und beamtenstaatliche Grössen lassen sich nicht einfach auf den selben Nenner bringen. Volks- und beamtenstaatliche Elemente vermischen sich oft und lassen einen Vergleich nur unter Berücksichtigung aller Elemente, aus denen sich die Richterstellen zusammensetzen, zu: die Volkswahl der Geschworenenrichter ist bei ihrem volksstaatlichen Charakter auch in ausgesprochenen Beamtenstaaten selbstverständlich; die Inamovibilität kann für die Richter des Volksstaates nicht als selbstverständlich geltend angenommen werden, da diese sich ja meist durch keine Prüfung über

¹¹ K. Ulrich a. a. O. S. 149; gegen die Ernennung durch das Parlament siehe M. Grünhut: «Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung.» Monatsschrift für Kriminalpsychologie 1930, Beiheft 3, S. 2.

¹² Meist auf Vorschlag des Justizministers (England, bis 1946 auch in Frankreich).

¹³ Oben § 4 III 1 und 2.

¹⁴ H. F. Pfenninger a. a. O. S. 266 lehnt die Ernennung der Richter durch die Exekutive, als dem Gewaltentrennungsprinzip widersprechend, ab — der gleiche Vorwurf muss aber auch die Wahl durch das Parlament treffen!

¹⁵ A. Rieu: «Du Pouvoir Judiciaire dans le Canton de Vaud» 1864.

¹⁶ z. B. Zürich 4. 42. (Ueber das durch die grosse Anzahl der kantonalen Gesetze zum richterlichen Disziplinarrecht bedingte Zitiersystem s. vorn S. 7.) Verwirklicht wurde diese Selbstkonstituierung der richterlichen Gewalt z. B. im Kt. Waadt: die Wahl der Bezirksrichter erfolgt durch das Kantonsgericht (Waadt, 2. 17).

ihre Befähigung zum Amt ausweisen mussten; die Volkswahl ist mit dem hierarchisch gegliederten Beamtensystem mit Aufstiegsmöglichkeiten der Beamten unvereinbar; die Ernennung durch die Regierung wird im Volksstaat als Verletzung der Gewaltentrennung empfunden¹⁷. Vergleichen lassen sich nur ähnliche Zustände: mit den Beamtenrichtern des Auslandes nur diejenigen Richter der Schweiz, deren periodische, aber regelmässige Wiederwahl praktisch der Lebenslänglichkeit gleichkommt, die zum Berufsrichtertum führt¹⁸.

Auch ein Werturteil darüber, welche Bestellungsart die richterliche Unabhängigkeit am besten garantiere, lässt sich nicht abgeben¹⁹. Diese Untersuchung müsste sich in der Abwägung der Vor- und Nachteile von Volks- oder Beamtenstaaten im gesamten verlieren²⁰.

IV. Ein Einfluss der politischen Parteien auf die Bestellung der Richterstellen hat zur Folge, dass der Richter in seinen Urteilen in mehr oder minder hohem Grade wenn nicht unter dem Einfluss der Partei direkt, so doch seiner politischen Ueberzeugung überhaupt, steht^{21, 22}. Die Gefahr einer politischen Rechtsprechung ist immer vorhanden: gewisse, vor Schwurgericht behandelte sogenannte soziale Delikte (z. B. Abtreibung) finden je nach Zusammensetzung der Jury mehr oder minder milde Richter²³. Die Gerechtigkeit wird

¹⁷ Oben N. 14.

¹⁸ Die Angleichung an den Richter des Beamtenstaates erfolgte auch in bezug auf die zur Wahl erforderlichen Kenntnisse: praktisch werden auch im Volksstaat zu den höhern Richterstellen nur Richter mit Hochschulbildung gewählt.

¹⁹ Den Versuch dazu unternimmt z. B. H. Reichel in: «Stellung und Bestellung der Richter.»

²⁰ Ueber den relativen Wert solcher Fragen äussert sich auch Montesquieu in einer vielzitierten Stelle seines «Esprit des Lois»: «Lorsque les principes du gouvernement sont une fois corrompus, les meilleures lois deviennent mauvaises et se tournent contre l'Etat; lorsque les principes en sont sains, les mauvaises ont l'effet des bonnes: la force du principe entraîne tout.» (Livre VIII chapitre 11.)

²¹ Eine nicht leicht zu beantwortende Frage ist, wie weit sich der Richter des Volksstaates auch nach seiner Wahl noch im Rahmen der politischen Partei, welcher er angehört, betätigen soll. Offensichtlich zu weit geht der in der «Neuen Zürcher Zeitung» vom 1. 10. 1946 (Mittagsausgabe) besprochene Fall.

²² Ueber den Einfluss der Politik auf die Urteile des obersten Gerichtshofes der USA s. Jackson a. a. O. S. 120 ff.: danach soll der aus politischen Gegnern Roosevelts zusammengesetzte Oberste Gerichtshof durch seine Verfassungsgerichtsbarkeit den New-Deal-Plan nahezu torpediert haben.

²³ Es ist eine unter Advokaten bekannte Tatsache, dass oft in den verschiedenen Kammern ein und desselben Gerichts sehr unterschiedliche soziale Tendenzen zum Ausdruck in der Rechtsprechung kommen.

jedoch zur Farce, wenn die Richter sich in ihrem Urteil nicht von rechtlichen Erwägungen leiten lassen, sondern ihre Stellung zur Unterstützung der Angeklagten aus der sozialen Klasse, der sie selber entstammen, missbrauchen²⁴. Auch der nicht durch die Wahlart parteigebundene Richter des Beamtenstaates ist gesinnungsmässig immer irgendwie beeinflusst — Bismarck beklagte sich in seiner Eigenschaft als preussischer Ministerpräsident am 28. März 1867 vor dem preussischen Landtag über gewisse Richter in der ihm eigenen Anschaulichkeit:

«Dass die Beteiligung an den Parteikämpfen auf die Richter einigermassen mehr zurückwirkt, als mit der Unparteilichkeit der richterlichen Stellung verträglich ist, davon habe ich selbst vielfache Beispiele erlebt... Im Durchschnitt fand ich, dass dieselben Beleidigungen, die, wenn ein ehrbarer Handwerkermeister sie gegen einen andern ausspricht, eine schwere Strafe, wenn er sie öffentlich ausspricht, Gefängnis oder eine höhere Geldstrafe nach sich ziehen können, dem preussischen Ministerpräsidenten gegenüber angewendet, durchschnittlich zehn Taler kosteten... Dass da mit einem Masse gemessen war, welches von politischer Beeinflussung ganz frei gewesen wäre, den Eindruck habe ich nicht gehabt. Er wurde noch dadurch verstärkt, dass ich in einzelnen dieser Erkenntnisse die richterliche Motivierung las: es lägen doch mildernde Umstände vor, denn dieses Ministerium tauge wirklich nichts!»

Eine direkte Einwirkung auf die politische Ueberzeugung eines Richters ist nicht möglich — auch gar nicht wünschenswert — doch muss von ihm verlangt werden, dass er im Bereich seiner Tätigkeit als Staatsorgan sich parteipolitischer Betätigung enthalte. Ein gegen teiliges Verhalten lässt sich mit der Stellung des Richters nicht vereinbaren²⁵.

§ 6. Die Aufsichtsbehörden des Richters

I. Dem Wesen der Demokratie entspricht es, dass jeder Repräsentant des Staatswillens als personifiziertes Staatsorgan einer *Kontrolle* unterstehe¹. Der Vertreter des Staates ist dem Inhaber der Souveränität, dem Volk, Rechenschaft über seine öffentliche Betätigung schuldig. Da aber die Kontrolle durch eine Mehrheit von Individuen

²⁴ Einen scharfen Angriff gegen die Jury ist auch die Darstellung des Julien Soret verurteilenden Gerichts in «Le rouge et le noir» Stendhals.

²⁵ Zu dieser Frage s. auch *Beradt* a. a. O. S. 76.

¹ Wogegen im autoritär regierten Staat der Staatschef keiner Kontrolle untersteht.

von der Grössenordnung der Aktivbürgerschaft eines Staates im einzelnen gar nicht möglich ist², so ist die Kontrollkompetenz über die Vertreter der staatlichen Organe teilweise an diese Organe selber delegiert worden³: die Aufsicht innerhalb der Justiz und der Verwaltung einerseits und die gegenseitige Ueberwachung der Gewalten anderseits. Generell betrachtet existieren daher drei Arten der Aufsicht: a) die durch das *Volk* direkt gehandhabte, b) die *innerhalb des Organs* von den höhern über die niedern Behörden und c) die von einer der drei Gewalten *über eine andere Gewalt* ausgeübte Kontrolle.

Diese als *Aufsicht* bezeichnete Kontrolle kann entweder eine allgemeine, sich auf die gesamte Tätigkeit beziehende, oder aber eine spezielle, die einzelnen Amtshandlungen untersuchende sein; sie kann sich mit der Tätigkeit einer Gesamtbehörde oder derjenigen einzelner Vertreter dieser Behörde befassen. Das Gemeinsame dieser Arten der Aufsicht ist ihr Zweck: durch sie soll das verfassungsmässige Funktionieren der staatlichen Organe sichergestellt werden.

II. Der Richter kann folgenden Aufsichtsbehörden unterstehen:

1. *dem Gerichtspräsidenten*, der im allgemeinen für den geordneten Gang der Geschäfte seines Gerichtes zu sorgen hat und dementsprechend ein gewisses Aufsichtsrecht über die andern Mitglieder des betreffenden Gerichtes haben kann;

2. *einem höheren Gericht*: es kann entweder das nächstinstanzliche Gericht bzw. dessen Präsident mit der Aufsicht betraut sein⁴ oder dann das höchste Gericht des betreffenden Gerichtsorganisationsgebietes;

3. *der Exekutive*, die vor allem dort, wo die Ernennung des Richters durch den Staatsef erfolgt⁵, auch die Kontrolle innehat: hier liegt die Aufsicht über das Richterkorps dem Justizminister ob (Frankreich und England). Aber auch in volksstaatlichen Verhält-

² Zum Wesen der Aufsicht s. A. Streuli: «Die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und das Aufsichtsrecht der Parlamente über die Gerichte», Zürich Diss. 1922, S. 46 ff.

³ Die ausgedehnten Kontrollbestimmungen sind geradezu ein Merkmal der Demokratie: in der Schweiz kontrolliert der Stimmbürger durch das Mittel des Referendums die durch die Legislative geschaffenen Gesetze, das Parlament dagegen überwacht seinerseits Exekutive und Justiz.

⁴ So ist in den schweizerischen Kantonen meist der Bezirksgerichtspräsident mit der Aufsicht über die Friedensrichter seines Bezirkes betraut.

⁵ Siehe oben § 5 III 3.

nissen kann die Aufsicht ausnahmsweise der Exekutive übertragen sein (Genf, Tessin, Graubünden).

4. *der Legislative*. In den gewaltentrennenden Legislativstaaten⁶ fällt dem Parlament die Aufsicht über die Gerichte⁷, im Sinne der «*balance des pouvoirs*», zu. Ob diese Aufsicht aber über den staatsrechtlichen Charakter hinaus auch beamtenrechtlicher Natur sei, muss im Einzelfall untersucht werden⁸.

5. *dem Volk*: in den schweizerischen Kantonen unterstehen diejenigen Richter, die durch Volkswahl periodisch in ihr Amt gewählt werden, durch diese Tatsache direkt der Aufsicht der Stimmbürger. Die relativ kurze Amtszeit des schweizerischen Richters (zwischen 1 und 10 Jahren) ist zwar grundsätzlich der volksstaatlichen Auffassung, die das Richteramt als Ehrenamt sieht, zuzuschreiben: dort aber, wo die Verhältnisse sich geändert haben, wo der Richter sein Amt berufsmässig ausübt und sicher darauf zählen kann, bei eigenem Wohlverhalten immer wiedergewählt zu werden — dort hat die Institution der periodischen Wiederwahl den Charakter einer «Wahl» im eigentlichen Sinn verloren, sie wird zu einer blossen Bestätigung und der Wahlkörper zur Aufsichtsbehörde, der bei schlechter Amtsführung den Richter durch Nichtwiederwahl entlassen kann⁹.

III. Der Begriff «Aufsicht» ist, wie oben gesagt, vieldeutig, er ist nur ein Gefäss, dessen Inhalt noch bestimmt werden muss.

Die Aufsicht *staatsrechtlichen* Charakters, durch die eine der Gewalten das Funktionieren einer oder beider andern kontrolliert, soll dem Individuum Schutz vor der Willkür des Staates gewähren. So übt etwa die Justiz durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Aufsicht über die Tätigkeit der Verwaltung und die Legislative durch die parlamentarische Kontrolle Aufsicht über die Akte der Exekutive und der Justiz aus.

Neben dieser staatsrechtlichen steht die *beamtenrechtliche* Aufsicht: sie findet ihren Ausdruck in der Disziplinargewalt über die betreffenden Beamten resp. Richter und dient den speziellen Zwecken des Disziplinarrechts¹⁰. Sie ist für die Stellung des Richters, da

⁶ Siehe *Giacometti*: «Staatsrecht der Kantone» S. 274.

⁷ und über die Exekutive.

⁸ Siehe unten III.

⁹ Dieselbe Bedeutung kommt natürlich auch dem Wahlakt des durch das Parlament periodisch gewählten Richters zu.

¹⁰ Siehe §§ 7 und 8.

sie viel stärker als die staatsrechtliche Aufsicht in seine Verhältnisse eingreift, von grösster Bedeutung.

IV. Die Aufsicht über die Gerichte und die Richter kann, wenn sie nicht besonders Beschränkungen unterstellt wird, die Unabhängigkeit der Rechtsprechung gefährden. Der Gesetzgeber sieht sich vor die Frage gestellt, welchem Prinzip: demjenigen der Kontrolle über die Rechtsprechung oder jenem der richterlichen Unabhängigkeit er das grössere Gewicht beimessen will¹¹. Doch ist der Gegensatz kein absoluter: «Die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidungen und die Garantien für die Lauterkeit und Gewissenhaftigkeit der richterlichen Amtsführung ergänzen sich notwendig, wenn beide im richtigen Verhältnis zueinander abgestimmt sind. Jede übermässige Steigerung des einen Prinzips hat die Wirkungslosigkeit des andern zur Folge: die einseitige Betonung der Unabhängigkeit macht eine strafrechtliche oder disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit ebenso illusorisch wie ein rigoroses Disziplinarrecht dem Richterspruch seinen unabhängigen Charakter nimmt»¹². Deshalb erfährt das Aufsichtsrecht seine natürliche Begrenzung durch die richterliche Unabhängigkeit, im Konfliktsfall wird die Kompetenz der Aufsichtsbehörde nur soweit reichen, als dies Verfassung und Gesetz *expressis verbis* vorsehen.

Vor allem gilt diese Einschränkung für diejenige Kontrolle, die im gewaltentrennenden Staat durch Legislative oder Exekutive über die Justiz ausgeübt wird: ein in der Verfassung allgemein gehaltenes «Aufsichtsrecht» oder «Oberaufsichtsrecht» einer andern Gewalt über die Gerichte kann nur dann zu einem Eingriff in die beamtenrechtliche Sphäre führen, wenn diese Massnahme von Verfassung oder Gesetz gewollt und vorgesehen ist. Wird aber die allgemeine Aufsichtspflicht durch kein Ausführungsgesetz ergänzt, muss das Gewaltentrennungsprinzip und die daraus hervorgehende richterliche Unabhängigkeit als Barriere gegen jede über einen Verweis oder Tadel hinausgehende¹³ Aktion angesehen werden¹⁴.

¹¹ Ad. *Streuli* nimmt in seiner schon zitierten Arbeit eine gute Abwägung dieser sich gegenüberstehenden Interessen vor.

¹² M. *Grünhut* a. a. O. S. 4.

¹³ Ueber den Gegensatz zwischen den beiden Prinzipien: Trennung der Gewalten und Aufsicht eines Staatsorganes über ein anderes s. Ad. *Streuli* a. a. O. S. 101.

¹⁴ Ebenso: H. *Kaufmann*: «Die Revision des Bundesgesetzes über die Verant-

V. Der Fall ist denkbar, dass, wo mehrere Aufsichtsbehörden über ein unteres Mitglied resp. dessen Mitglieder bestehen, ein positiver oder negativer Kompetenzkonflikt entsteht zwischen diesen Instanzen¹⁵. Abgesehen von der im Aufsichtsrecht immer enthaltenen Kompetenz zur Erteilung von Verweis, Rüge oder Tadel, wird für die schweren Eingriffe in den Gang der Justiz die Zuständigkeit dieser oder jener Behörde durch die Gesetzgebung (in den Verfahrensvorschriften für die schwereren Vorfälle, d. h. der Disziplinarfälle) geregelt.

§ 7. Richter und Disziplinarrecht

I. Im Gegensatz zum Strafrecht, das allgemein verbindliche Normen setzt, ist das Disziplinarrecht «die Sanktion einer besondern, nicht allgemein verbindlichen Ordnung und dient der Zucht innerhalb dieses Kreises»¹. Das Disziplinarrecht ist die durch den Staat² gegenüber einzelnen Gruppen seiner Einwohner geltend gemachte, über die allgemeinen Normen hinausgehende Gewalt; sie erzwingt durch Sanktionen ein gewisses Verhalten dieser in einem engern Gewaltverhältnis zum Staat stehenden Individuen³.

Der Staat weist eine Vielzahl solcher Disziplinar Kreise auf: Verwaltung, Gerichte, Armee, Zuchthäuser etc. Die Verschiedenheit der Natur dieser Kreise hat auch eine Verschiedenartigkeit der angewendeten Mittel zur Folge, nur schwer lässt sich deshalb der allgemeine Begriff «Disziplinarrecht» im Sinne der obigen, umfassenden Definition für praktische Untersuchungen über das Wesen des Dis-

wortlichkeit der eidgenössischen Behörden vom 9. Dezember 1850», Basel 1912, S. 48/49; ferner M. Grünhut a. a. O. S. 13/14; H. Nägeli a. a. O. S. 172; Ad. Streuli S. 97 ff.

¹⁵ Etwa der Fall ZR 39; 92.

¹ W. Burckhardt: «Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung v. 29. Mai 1874», 3. A., Bern 1931, S. 594.

² Die von H. Nägeli (a. a. O. S. 24) vorgebrachte Ansicht, als Disziplinarordnung sei auch eine von einem privaten Betrieb aufgestellte Strafenordnung anzusehen, teilen wir nicht: es handelt sich hier um Privatrecht, der Ausdruck «Disziplinarrecht» muss aber, wenn er einigen Erkenntniswert beibehalten soll, dem öffentlichen Recht vorbehalten bleiben.

³ Fleiner: Institutionen S. 165 ff.; Otto Mayer a. a. O. II. S. 181; H. Nägeli a. a. O. S. 52; Kirchhofer: Disziplinarrechtspflege beim Bundesgericht» in ZSR Bd. 52, S. 4 ff.; B. R. Garbade a. a. O. S. 16.

ziplinarrechts verwenden⁴. Daher muss im Folgenden das speziellere Gebiet des *Beamtendisziplinarrechts* als Ausgangspunkt für ein Untersuchen der Erscheinungsformen und Folgen der darin zum Ausdruck kommenden Disziplinarmittel genommen werden.

II. Der Richter als Beamter ist einem Disziplinarrecht unterworfen, dessen Mittel ihn zu jenem Verhalten veranlassen sollen, das ein einwandfreies Funktionieren der Justiz ermöglicht. Doch verlangt die ordnungsgemässe Abwicklung der Geschäfte vor Gericht nicht nur vom Richter, sondern auch von den Parteien eine bestimmte Disziplin. Zu diesem Zweck ist dem Richter das *Ordnungsstrafrecht* in die Hand gegeben. Obwohl dieses Ordnungsstrafrecht sich wesentlich vom Beamtendisziplinarrecht unterscheidet, kann die Gesetzgebung diese beiden Disziplinar Kreise vermengen, d. h. die Ordnung vor dem Gericht wird als eine sowohl den Richter als auch die Parteien umfassende Einheit aufgefasst⁵: doch handelt es sich hier um eine Erscheinung ausgesprochen volksstaatlichen Charakters⁶ und ist denn auch nur die Ausnahme.

III. Betrachten wir die verschiedenen richterlichen Disziplinar-gesetze: Sie sehen im allgemeinen ähnliche oder gleiche Disziplinar-sanktionen vor, nur im Rahmen des weiter oben ausführlich dargelegten Unterschiedes der Stellung des Richters im Beamten- und Volksstaat findet eine gewisse Variierung statt, Disziplinarstrafen wie z. B. die Versetzung in ein anderes Gericht oder die Versetzung in den Ruhestand sind im reinen Volksstaat gar nicht denkbar.

Beim Vergleichen der Disziplinalgesetze erkennen wir folgende Kategorien von Disziplinarmitteln:

1. *Ehrenstrafen* (i. e. S.)

(Tadel, Verweis, Mahnung und Rüge)

2. *Geldstrafen*

(Busse, Gehaltskürzung resp. Versetzung in eine tiefere Lohnklasse)

⁴ Ein wesentlicher Unterschied besteht eben darin, ob die Unterwerfung unter die Disziplinalgewalt auf Grund eines Beamtenverhältnisses, also freiwillig, oder unter Zwang erfolge.

⁵ z. B. Zürich 2. und St. Gallen 3. 7 ff.

⁶ Der Richter ist sozusagen auf dieselbe Stufe mit den Recht suchenden Parteien gestellt, man erfasst ihn mit der Ordnungsstrafe eher als Bürger denn als Beamten.

3. *Versetzung*

4. *Suspension und Amtsentsetzung.*

Es liegt im Wesen der graduellen Verschärfung, dass eine stärkere Sanktion die schwächeren meist in sich einschliesst: so ist jede Disziplinarstrafe⁷ eine Ehrenstrafe i. w. S., ferner wirkt sich die Amtsentsetzung bei Selbstverschulden meist auch als Geldstrafe aus, da das Gehalt nicht weiter ausbezahlt werden wird. Einige Disziplinar-gesetze sehen ausserdem die Möglichkeit der Kumulierung von Disziplinarstrafen ausdrücklich vor⁸.

IV. Nur dann ist die Unabhängigkeit des Richters gewährleistet, wenn Disziplinarrecht auf ihn nur

- a) in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen,
- b) von den vom Gesetz vorgeschriebenen Behörden,
- c) durch die im Gesetz vorgeschriebenen Formen angewendet wird.

1. *Grund* zur Anwendung eines Disziplinarmittels gibt ein von der Dienstpflicht abweichendes Verhalten des Richters. Das richtige Verhalten des R. kann entweder allgemein umschrieben sein (England: «good behaviour») oder es können einzelne Tatbestände, die Anlass zu einer Disziplinaruntersuchung geben sollen, kasuistisch aufgezählt werden⁹; endlich kann auch neben einer allgemeinen Vorschrift über das Verhalten und Betragen des Richters noch eine Spezialregelung der wichtigsten Uebertretungsfälle mit Angabe der auf diesen Fall anzuwendenden Sanktionen¹⁰ getroffen werden.

2. *Zuständige Behörde* für die Anwendung des Disziplinarrechts ist jene Aufsichtsbehörde, welcher die Disziplinalgewalt über den betreffenden Richter zusteht; in diesem Falle bestimmt sie nach der Untersuchung die anzuwendende Disziplinnorm selber; steht ihr diese Disziplinalgewalt nicht zu, so überweist sie das Ergebnis der disziplinarischen Untersuchung der betreffenden Disziplinarbehörde zur Aburteilung des fehlbaren Richters. Nur selten steht letzterem

⁷ Wobei aber nicht jedes Disziplinarmittel eine Disziplinarstrafe ist! Siehe unten § 8.

⁸ So z. B. Solothurn, Baselland, St. Gallen und Waadt.

⁹ z. B. Tessin 2.

¹⁰ z. B. Deutsches Beamtengesetz von 1937.

die Möglichkeit eines Weiterzuges des Urteils an eine zweite Instanz offen¹¹.

3. Das *Verfahren*, das bei einem Disziplinarfall eingehalten werden muss, ist je nach der Schwere des einzelnen Falles resp. der Tragweite des anzuwendenden Disziplinarmittels mehr oder minder ausführlich vom Gesetz geregelt. Der Verweis, resp. Tadel, Mahnung oder Rüge als verhältnismässig milde Sanktionen des Disziplinarrechts erheischen naturgemäss nicht die gleichen Vorsichtsmassnahmen zu Gunsten des Richters wie Suspension und Amtsentsetzung, die einen ungleich stärkern Eingriff in das Richteramt darstellen. Deshalb beruhen die soeben aufgezählten leichtern Strafen vielfach auf Gewohnheitsrecht und haben keine speziellen Verfahrensvorschriften, sie bilden deshalb eine Ausnahme.

V. Abschliessend kann festgestellt werden, dass das Disziplinarrecht weitgehend eine Bedürfnisfrage ist: je ausgesprochener die *Beamtens*tellung des Richters ist, desto eingehender ist auch sein Verhalten durch den Staat vorgeschrieben — fehlen solche Vorschriften, so ist dies ein Zeichen, dass bis jetzt noch kein Bedürfnis danach bestand, m. a. W. die Einrichtung der periodischen Wiederwahl ein eigentliches Disziplinarrecht ersetzt hat.

¹¹ Solothurn, Preussen (Pr. Dienststrafenordnung vom 27. I. 1932, s. unten § 12).

3. KAPITEL

Das Wesen des Disziplinarrechts und der Amtsentsetzung

Neben den der Stellung des Richters im Staatswesen entstammenden Voraussetzungen sind zur Betrachtung der Amtsentsetzung (= A. E.) des Richters auch die aus dem Wesen des Disziplinarrechts sich ergebenden Besonderheiten zu berücksichtigen¹. Ferner bleibt noch die Abgrenzung der A. E. gegen die Einstellung im Amt (Suspension) vorzunehmen übrig.

§ 8. Disziplinarrecht und Strafrecht

I. Die Abgrenzung des Disziplinarrechts gegen das allgemeine Strafrecht in § 7² definiert das Disziplinarrecht keineswegs. Um die Beziehungen zwischen Disziplinarrecht und Strafrecht bestimmen zu können, muss vorerst der Begriff des Disziplinarrechts festgelegt werden. Je nach dem Ausgangspunkt, den man wählt, gelangt man zu zwei verschiedenen Resultaten:

1. Derjenige Teil des Verwaltungsrechts³, der sich mit den Beziehungen des Staates zu seinen Funktionären beschäftigt, also das Beamtenrecht, umfasst sowohl Bestimmungen über die Wahl- und Pensionierungsverhältnisse als auch *die Gesamtheit der Massnahmen, die zur Aufrechterhaltung des vorgeschriebenen Geschäftsganges in Verwaltung und Justiz gegenüber den Beamten vorgekehrt werden können*. Letztere Massnahmen werden unter dem Begriff des Disziplinarrechts zusammengefasst.
2. Strafrechtlich gesehen: «Das Strafrecht umfasst die Gesamtheit der Rechtssätze, nach welchen ein bestimmtes menschliches Ver-

¹ Wenigstens für kontinentale, besonders aber für schweizerische Verhältnisse. In England ist die A. E. des Richters so stark unter Berücksichtigung der staatsrechtlichen Stellung der richterlichen Gewalt ausgebaut, dass ein Hervortreten der speziell disziplinarrechtlichen Faktoren dort nicht festgestellt werden kann.

² Siehe oben S. 48.

³ Verwaltungsrecht ist nach *Fleiner* «das auf die Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung zugeschnittene öffentliche Recht» (Institutionen S. 61).

halten Strafe nach sich zieht»⁴; die Strafkompetenz des Staates über einen gewissen Kreis von Individuen, die sich nicht aus der allgemein verbindlichen Ordnung, sondern zufolge eines besondern Gewaltverhältnisses ergibt, ist die Grundlage des Disziplinarrechts. Disziplinarrecht — oder genauer: Disziplinarstrafrecht — ist somit *die Summe der vom Staat auf Grund eines besondern Gewaltverhältnisses über gewisse Individuen geltend gemachten Strafrechtssätze*.

Diese beiden Begriffe von Disziplinarrecht, der eine verwaltungsrechtlicher, der andere strafrechtlicher Herkunft, decken sich nicht: der eine geht vom Mittel, der andere vom Zweck aus. Deshalb scheint uns der lang gepflogene Streit, ob die Sanktionen des Disziplinarrechts Strafen oder blossе Massnahmen seien und ob das Disziplinarrecht dem Straf- oder Verwaltungsrecht beizurechnen sei, unfruchtbar⁵.

Der strafrechtliche Begriff ist zu eng, er umfasst nicht das ganze Disziplinarrecht. Mit Strafen allein kann die Verwaltung ihren Zweck, d. i. die Aufrechterhaltung des vorgeschriebenen Geschäftsganges, nicht erreichen, denn nicht jeder Verfehlung gegen die Dienstordnung liegt ein subjektives Verschulden zugrunde. Das Disziplinarstrafrecht umfasst somit nur einen Teil des Disziplinarrechts.

Andererseits trägt es wenig ein, ihrem Charakter nach unverkennbare Strafen⁶ als Massnahmen (unter Hinweis auf ihren Zweck) anzusprechen, die konsequente Fortsetzung dieses Gedankenganges führt zu einer Relativierung des gesamten Strafrechts⁷.

Fassen wir dagegen die durch die Verwaltung angewandten Massnahmen und Strafen unter dem Begriff «Disziplinar m i t t e l» zusammen, so gelangen wir zum Schluss, das Beamtendisziplinarrecht sei die *Gesamtheit der Rechtsnormen über die vom Staat seinen Beamten gegenüber anwendbaren Mittel, deren Zweck die Aufrechterhaltung des vorgeschriebenen Geschäftsganges ist*. Da sich in dieser Definition Verwaltungsrecht und Strafrecht mischen, kann das

⁴ E. Hafter: «Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts», Allg. Teil, 2. A., Bern 1946, S. 1.

⁵ Eine gute Zusammenfassung dieser Kontroverse gibt B. R. Garbade a. a. O. S. 18 ff.

⁶ Zum Wesen der Strafe s. E. Hafter a. a. O. S. 241 ff.

⁷ Ebenso Hafter a. a. O. S. 242.

Disziplinarrecht weder dem einen noch dem andern dieser Gebiete zugewiesen werden.

II. Bedient sich einerseits das Disziplinarrecht materiellen Strafrechts zur Erreichung seines Ziels, so enthält anderseits auch das Strafrecht, d. h. das Strafgesetzbuch, eigentliches Disziplinarrecht, und zwar unter zwei Formen:

- a) mit dem Kapitel der speziellen Amtsvergehen (passive Bestechung, Amtsmissbrauch etc.) und
- b) in der als Strafe, Nebenstrafe oder Massnahme bezeichneten Amtsentsetzung infolge eines Vergehens oder Verbrechens (das aber nicht mit der Amtstätigkeit in Zusammenhang stehen muss)⁸,

denn diese Normen dienen unzweifelhaft dem erwähnten Zweck des Disziplinarrechts.

III. Ist aber die Abgrenzung zweier sich so stark überschneidender Gebiete wie Disziplinarrecht und Strafrecht begrifflich nicht möglich, so müssen wir uns mit der nicht durch den Inhalt bestimmten, sondern rein äusserlichen Unterscheidung und Abgrenzung zwischen den beiden Gebieten begnügen, die der Gesetzgeber durch Erlass eines vom Strafgesetzbuch getrennten Disziplinargesetzes allenfalls vornimmt.

IV. Welches aber ist der Einfluss, den der strafrechtliche Gehalt des Disziplinarrechts auf dessen Anwendung ausübt?

1. Ausserhalb der eigentlichen Strafgesetzbücher (Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz) stehende Strafnormen machen die sie enthaltenden Gesetze zu sog. Nebenstrafgesetzen⁹. Ein Charakteristikum dieser Nebenstrafgesetzgebung ist, dass solche Gesetze keinen Allgemeinen strafrechtlichen Teil enthalten, doch wird angenommen, die Grundsätze des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches seien

⁸ Siehe unten § 14.

⁹ Ueber Nebenstrafgesetze s. *Hafer* a. a. O. S. 37 ff., ferner Ed. *Tschopp*: «Verhältnis der allgemeinen Bestimmungen des Bundes-Strafrechts von 1853 und des eidgenössischen Strafgesetzentwurfes von 1918 zur Nebenstrafgesetzgebung», Zürich Diss. 1931 S. 3.

auch auf sie anzuwenden^{10, 11}. So etwa der Grundsatz «*nulla poena sine lege*», der auch im Disziplinarrecht von einiger Bedeutung ist:

a) Der Auslegung, dass nur die Tat bestraft werden soll, die vom Gesetz ausdrücklich mit einer Strafe bedroht ist, steht kein Hindernis entgegen, da im Disziplinarrecht, der besondern Natur der Amtsverletzungen zufolge, die unmöglich alle katalogmässig aufgezählt werden können, nur ein einziges, umfassendes Delikt der Amts- und Dienstpflichtverletzung existiert.

b) Dagegen kommt einer zweiten, im Hauptstrafrecht selbstverständlichen Anwendung des Satzes n. p. s. l., dass nämlich *nur die gesetzlich vorgesehenen Strafen* zur Anwendung kommen sollen¹², im Disziplinarrecht erhöhte Bedeutung zu, er verhindert bei der Lückenhaftigkeit vieler Disziplinar Gesetze eine willkürliche Ergänzung derselben.

2. Je nach dem Grad der Abhängigkeit des Disziplinarwesens vom eigentlichen Strafrecht im positiven Recht, ist das Verfahren bei Anwendung von Disziplinarrecht entweder das gewöhnliche strafrechtliche¹³ oder ein eigentliches Disziplinarverfahren^{13a}. Da aber auch da, wo ein eigenes Disziplinarverfahren existiert, ein Teil des Disziplinarrechts immer durch die Hauptgesetzgebung vorweggenommen wird (s. oben II b), kann man die Frage stellen, ob im Verhältnis des Strafverfahrens zum Disziplinarverfahren der Satz «*ne bis in idem*» die Durchführung beider Verfahren wegen eines und desselben Vorfalles gestatte. Die Antwort ergibt sich aus dem Ineinandergreifen der beiden Rechtsgebiete: das Kriminalstrafrecht behandelt nur die schweren Fälle des Disziplinarrechts¹⁴, den Rest ordnet das eigentliche Disziplinarrecht. Der Satz «*ne bis in idem*»

¹⁰ Für die Nebenstrafgesetze des Bundes: StGB 333.

¹¹ *Tschopp* a. a. O. macht die Gültigkeit der Allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen sogar zum Kriterium dafür, ob ein Gesetz Nebenstrafrecht enthalte oder nicht.

¹² *E. Hafer* a. a. O. S. 10; *H. Nägeli* a. a. O. S. 25; ferner BGE 69 IV 8.

¹³ So in Luzern (I. 14, 2. 56 und 3. 22 ff.).

^{13a} Ueber die Frage eines eventuellen parlamentarischen Vorverfahrens zum strafrechtlichen Verfahren s. *Alfred Muff*: «Die Strafverfolgung gegen die obersten administrativen und richterlichen Beamten der Kantone», Diss. Zürich 1947.

¹⁴ Diese aber müssen durch das Kriminalstrafrecht behandelt werden, da die darauf stehenden schweren Strafen wiederum den Rahmen des Disziplinarrechts überschreiten.

gilt für das Verhältnis von Haupt- und Nebenstrafrecht nicht¹⁵: weder darf verhindert werden, dass im Laufe einer Disziplinaruntersuchung zutage tretende schwere Amtsvergehen auf dem Wege des Kriminalverfahrens verfolgt werden, noch dürfen der Disziplinarbehörde durch eine vorgängige, an den Schuldbegriff gebundene Kriminaluntersuchung die Hände gebunden werden, einen amtsunfähigen Beamten zu entlassen. Welches der beiden Verfahren den Vortritt haben soll und ob die Feststellungen der einen Behörde für die andere bindend sein sollen oder nicht, wird von den geltenden Rechtsordnungen verschieden geordnet¹⁶.

§ 9. Amtsentsetzung und Suspension

I. Das Beamtenrecht, das die Gesamtheit der Beziehungen umfasst, die sich aus dem besondern Gewaltverhältnis zwischen dem Staat und seinen Organträgern der Verwaltung und der Justiz ergibt, regelt in einem speziellen Teil die zur Erreichung eines geordneten Staatsbetriebes notwendigen Massnahmen — resp. Strafen — gegenüber den diensttuenden Beamten: im Disziplinarrecht. Die Entsetzung vom Amt eines Beamten lässt sich immer auf das Interesse an einer geordneten Verwaltung, an deren einwandfreiem Funkzionieren, zurückführen und ist, da sie immer die Forderungen des Disziplinarrechts wahrnimmt, in jedem Fall als Disziplinarrecht anzusehen.

II. Die *Einstellung im Amt* oder *Suspension* ist insofern mit der Amtsentsetzung verwandt, als sie wie diese ein weiteres Ausüben des Amtes verhindern soll. Sie hat aber *provisorischen* Charakter und erscheint, praktisch gesehen, unter zwei Formen:

1. als unbefristete Verfahrensmassnahme für die Dauer der Disziplinar- oder Strafuntersuchung¹ und
2. als befristetes Disziplinarmittel mit Strafcharakter².

¹⁵ E. Hafer a. a. O. S. 829; B. R. Garbade a. a. O. S. 20; H. Nägeli a. a. O. S. 26; H. Escher a. a. O. S. 146 ff.

¹⁶ Ausdrückliche Vorschriften hierfür z. B. Preussische Dienststrafenordnung für richterliche Beamte vom 27. 1. 1932 §§ 2 und 3; ferner Solothurn 2. 33.

¹ In Bern 2. 13; Obwalden 1. 152; Solothurn 2. 314, 33; Schaffhausen 3. 31; St. Gallen 3. 102; Aargau 3. 822; Tessin 2. 82; Deutschland GVG § 81.

² Luzern 2. 562; Schwyz 5. 320; Appenzell I.-Rh. 3. 55; St. Gallen 3. 9b4; Waadt 2. 141 d; Deutschland GVG § 82; Frankreich loi du 20. 4. 1810 Art. 58.

Als *Strafe* entbehrt die Suspension der Berechtigung: entweder ist ein Richter fähig und würdig, sein Amt auszuüben, oder er ist es nicht³. Trotzdem haben sie viele Disziplinalgesetze unter dieser Form aufgenommen. In beiden Formen hat die Suspension aber als Provisorium nicht dieselben Konsequenzen wie die definitive A. E.⁴, weshalb sie in der nachfolgenden Betrachtung der positivrechtlichen Regelungen der A. E. des Richters (Kap. 4) nur beiläufig Erwähnung finden wird.

III. Die praktisch gemachte Unterscheidung zwischen strafrechtlicher und disziplinarischer Amtsentsetzung — zu denen sich allenfalls, wenn die Disziplinarmittel als *Strafen* angesehen werden und deshalb ein Verschulden voraussetzen, noch die administrative A. E. gesellt⁵ — ist eine rein äusserliche. Ist der Zweck des Beamten-disziplinarrechts die Aufrechterhaltung von Zucht und Ordnung innerhalb des betreffenden Disziplinkreises, so ist jede A. E. disziplinarischer Natur. Zudem sagt diese Einteilung nichts über das Wesen, die Folgen oder die Modalitäten einer A. E. aus⁶.

Besser wäre eine Zweiteilung in eine *verschuldete* (Amtsunwürdigkeit) und eine *unverschuldete* (Amtsunfähigkeit) A. E.⁷, womit auch eine klare Regelung der Folgen der A. E. (Gehaltsansprüche, Pensionierung etc.) möglich wird. Doch da wir im folgenden Kapitel geltendes Recht zu behandeln haben, müssen wir uns an die durch diese mehrheitlich bedingte Einteilung in strafrechtliche und disziplinarische A. E. halten, wobei unter strafrechtlicher A. E. die im Kriminalstrafverfahren und unter disziplinarischer A. E. die im Disziplinarverfahren ausgesprochene Amtsentsetzung gemeint ist.

³ Ein zeitweise in seinem Amt eingestellter Richter verfügt nicht mehr über die zur weitem Ausübung seines Amtes unumgängliche Autorität. Gegen die «halbe Massnahme» einer strafweisen Suspension s. auch H. Escher a. a. O. S. 153.

⁴ Ob der Staat während der Suspension zur Weiterzahlung des Gehalts verpflichtet ist oder nicht, ist vor allem eine Frage der in Kraft stehenden Gesetzgebung. Findet sich dort aber keine Bestimmung hierüber, muss, falls die Suspension nicht ausdrücklich als Strafe bezeichnet ist, das Gehalt weiter ausbezahlt werden (s. auch unten über den Anspruch des Richters auf sein Gehalt § 17 III).

⁵ Von diesem Standpunkt geht auch das Bundesgericht in BGE 72 I 286 E. 1 aus.

⁶ Einen gewissen Erkenntniswert gewinnt der Ausdruck der «Strafrechtlichen A. E.» allerdings dann, wenn das Strafrecht ausdrücklich noch weitere Folgen (wie z. B. Nichtwählbarkeit in ein anderes Amt) vorsieht.

⁷ Siehe unten § 16 IV.

4. KAPITEL

Die Amtsentsetzung des Richters

1. Teil:

Im Ausland

Da in den zum Vergleich herangezogenen Staaten: Frankreich, Deutschland und England die Frage der A. E. des Richters in Theorie und Praxis immer unter dem Aspekt der Inamovibilität¹ behandelt wird, muss auch die Beschreibung der positivrechtlichen Regelung dieser A. E. vom Begriff dieser grundsätzlichen Unabsetzbarkeit ausgehen. Der damit vorgezeichnete Standort führt, wie wir sehen werden, zur Feststellung, dass der unsere Zeit kennzeichnende wachsende Anspruch des Staates auf Totalität wieder von der postulierten «Unabhängigkeit» des Richters wegführt.



§ 10. Frankreich

Die Richter der mittleren und höheren Gerichte (les magistrats) sind inamovibel, während die Friedensrichter (juges de paix) amovibel sind.

Die eigentlichen Richter, die *magistrats*, sind drei verschiedenen Aufsichtsbehörden unterstellt:

1. dem Präsidenten ihres Gerichtshofes²,
2. dem Justizminister³,
3. dem «conseil supérieur de la magistrature»⁴.

Die erstern beiden Aufsichtsbehörden können nur geringfügige Disziplarmittel anwenden, die A. E. ist dem «*conseil supérieure de la magistrature*», einem speziellen Disziplinargerichtshof, vorbehalten. Dieser wurde bis 1946 gebildet durch die Plenarversamm-

¹ Siehe oben § 4 III.

² Loi 20 avril 1810 Art. 49.

³ Loi 30 août 1883 Art. 17.

⁴ Loi du 30 août 1883, Art. 13 ff.

lung des obersten französischen Gerichtshofes (cour de cassation); durch die neue Verfassung vom 10. 10. 1946 wurde die Zusammensetzung des conseil supérieur im Sinne einer starken Einflussnahme der politischen Parteien abgeändert⁵. Darüber, ob ein Disziplinarverfahren auf A. E. eines Richters vor diesem Disziplinargerichtshof angestrengt werden soll, entscheidet der Justizminister (garde des sceaux)⁶. Im bejahenden Fall vertritt der Generalprokurator die Anklage; der angeklagte Richter kann sich, eventuell unter Beiziehung eines Beistandes, verteidigen.

Das französische Gesetz kennt drei Gründe, die eine Disziplinarstrafe und gegebenenfalls eine A. E. herbeiführen können:

1. bei Vorliegen einer Kriminal- oder Polizeistrafe⁷,
2. bei amtsunwürdigem Betragen⁸, und
3. bei Amtsunfähigkeit infolge schwerer und dauernder Infirmität⁹.

Auf eine kasuistische Aufzählung der einzelnen Absetzungsgründe wird verzichtet — einzig die langdauernde Amtsabwesenheit wird erwähnt¹⁰ — und es blieb der Praxis überlassen, über die Schwere der einzelnen Disziplinarfälle und das weitere Verbleiben der Richter in ihrem Amt zu urteilen¹¹. Die A. E. wegen Infirmität darf nur auf Antrag einer eigens zur Untersuchung solcher Fälle eingesetzten Kommission ausgesprochen werden¹².

Die *Suspension* kann vom Justizminister (ohne vorheriges Gerichtsurteil) angeordnet werden bei Vorliegen eines Haftbefehls, eines Pfändungsbefehls, einer Kriminal- oder Polizeistrafe gegen einen Richter¹³.

⁵ Nach Art. 83 der Verfassung von 1946 setzt sich der conseil supérieur de la magistrature zusammen wie folgt:

1. Präsident der Republik;
2. Justizminister;
3. Sechs durch die Nationalversammlung gewählte Persönlichkeiten;
4. Vier Magistraten;
5. Zwei durch den Präsidenten der Republik aus dem Kreis der Gerichtsverwaltung ernannte Persönlichkeiten.

⁶ Loi du 30 août 1883 Art. 16 ff.

⁷ Loi du 20 avril 1810 Art. 59.

⁸ Loi du 20 avril 1810 Art. 49 und 50; Sén.-con. du 16 therm. de l'an X.

⁹ Loi du 30 août 1883 Art. 15z.

¹⁰ Loi du 20 avril 1810 Art. 48.

¹¹ Einzelne Fälle s. *Dalloz*: «Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence», Paris 1912, Artikel «Cours et tribunaux» No. 103 ff.

¹² Loi du 30 août 1883 Art. 15z.

¹³ Loi du 20 avril 1810 Art. 58.

Die *Friedensrichter* sind, obschon amovibel, gegen willkürliche A. E. geschützt: der Justizminister kann einen Friedensrichter nur auf Antrag einer zu diesem Zweck eingesetzten Kommission seines Amtes entheben¹⁴.

§ 11. England

Auch hier ist der Grundgedanke, obwohl er in den Gerichtsorganisationsgesetzen nicht ausdrücklich erwähnt wird, die Inamovibilität des Richters¹. Die A. E. ist in England, soweit es sich um höhere Richter handelt, eine essentiell staatsrechtliche Angelegenheit; sie findet, im Gegensatz zur A. E. des Richters eines untern Gerichts, eine rein parlamentarische Erledigung. Deshalb ist zu unterscheiden zwischen

- a) durch königliches Dekret ernannten Richtern des obern Gerichtshofes (*Supreme Court of Judicature*, der in den *Court of Appeal* einerseits und den *High Court of Justice* mit seinen zahlreichen Abteilungen anderseits zerfällt) und
- b) durch den Lordkanzler ernannten Richtern der untern Gerichtshöfe.

1. Die Richter des *Supreme Court of Judicature*

Von den Richtern der obern Gerichte sagt das Gesetz:

«All the judges of the High Court and of the Court of Appeal, with the exception of the Lord Chancellor, shall hold their offices during good behaviour subject to a power of removal by his Majesty on an address presented to his Majesty by both Houses of Parliament»².

Mit Ausnahme des Lordkanzlers, der eine Ausnahmestellung unter den höhern Richtern einnimmt (er führt die Aufsicht über das gesamte Gerichtswesen, ist politischer Beamter und hoher Richter in einer Person: er steht und fällt mit dem Kabinett, das ihn ernannt

¹⁴ Loi du 12 juillet 1905 Art. 21.

¹ Sie ergibt sich aus der geschichtlichen Entwicklung s. oben § 3 II A.

² Alle Richter der obersten Gerichte (*High Court* and *Court of Appeal*), mit Ausnahme des Lordkanzlers, haben ihr Amt inne, solange sie sich gut betragen, können aber durch den König auf Verlangen der beiden Häuser ihres Amtes enthoben werden. (*Supreme Court of Judicature [Consolidation] Act*, 1925, s. 12 [1].)

hat) sind die Mitglieder des *Supreme Court of Judicature* auf Lebenszeit ernannt. Die Schranke der «guten Führung» oder des «guten Betragens» (*good behaviour*) findet sich schon im *Act of Settlement* (1701) (... *quamdiu se bene gesserint* ...) und seither ist dieser Ausdruck für die Begrenzung der richterlichen Unabhängigkeit charakteristisch.

Misbehaviour, d. h. amtsunwürdiges Betragen liegt, nach Ansicht englischer Autoren³, in drei Fällen vor, nämlich bei:

- a) Missbrauch der Amtsbefugnisse,
- b) vorsätzlicher Vernachlässigung oder Nichterfüllung der Amtspflichten, und
- c) Begehung einer infamierenden Straftat.

Streitig ist, ob *misbehaviour* auch bei Nichterfüllung der Amtspflichten infolge körperlicher oder geistiger Infirmität vorliege. Bei Amtsunfähigkeit infolge geistiger Mängel hat die Praxis des englischen Parlaments *misbehaviour* angenommen, bei körperlicher Unfähigkeit aber verneint^{4, 5}.

Die Regelung des Verfahrens ist einfach: der König kann (und muss) Richter auf Antrag der beiden Häuser entlassen. Diesem Antrag geht eine Debatte in den beiden Häusern voraus, in welcher die Haltung oder Handlung des Richters, die Anlass zu einer Interpellation gegeben hat, zur Sprache gebracht wird. Verteidiger des betreffenden Richters in dieser Debatte ist die Regierung.

2. Die Richter der untern Gerichtshöfe

Die Richter der untern Gerichtshöfe (*County Courts, Borough and Local Courts of Record*) sind auf unbestimmte Zeit ernannt (wobei für die Richter der *County Courts* eine Altersgrenze von 72 Jahren vorgesehen ist) und können vom Lordkanzler jederzeit abberufen werden⁶. Der so abgesetzte Richter hat nur eine einzige Appellationsmöglichkeit: durch ein «*writ of quo warranto*» kann er bei der

³ Vor allem D. Todd: «On Parliamentary Government in England», 2. A. 1887. Bd. I, S. 857 (zitiert nach H. Gerland, *Parlament und Gerichte*).

⁴ Hansard's Parliamentary Debates 3rd Serie vol. 182 p. 1633; a. M. Todd a. a. O. II 857.

⁵ Diese Praxis fand einen Niederschlag in der Gesetzesbestimmung, nach welcher der Lordkanzler vor der Ernennung eines Richters sich von dessen Gesundheit überzeugen solle! *County Courts Act* 1934 s. 5 (2).

⁶ *County Courts Act* 1934, s. 7 (1) und *Small Debts Act* 1845 s. 10.

King's Bench Division ⁷ Beschwerde gegen seine Amtsenthebung und die Ernennung eines Nachfolgers erheben; nur wenn der A. E. eine förmliche Untersuchung durch den Lordkanzler vorausging, fällt diese Appellationsmöglichkeit dahin ⁸.

Die Mitglieder des höchsten Gerichtshofes in England: des Oberhauses ⁹, sind schlechthin unabsetzbar.

§ 12. Deutschland

Der deutsche Richter war bis 1933 inamovibel. Seine Unabhängigkeit wurde garantiert durch die Gerichtsverfassung von 1877:

- § 1. Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt.
- § 6. Die Ernennung zum Richter erfolgt auf Lebenszeit.
- § 8. Richter können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen und unter Formen, welche die Gesetze bestimmen, dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. Die Gesetzgebung kann Altersgrenzen festsetzen, bei deren Erreichung Richter in den Ruhestand treten...

Dieser sehr weitgehende Schutz des Richters gegen Entfernung aus dem Amt wurde durch das deutsche Strafgesetzbuch einerseits und durch die Dienststrafordnungen der einzelnen Länder anderseits präzisiert:

Das *Strafgesetzbuch* sah den Verlust der öffentlichen Ämter in Form einer Nebenstrafe vor:

- a) als Folge der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte (§ 33), und
- b) als Folge der Unfähigkeitserklärung zur Besetzung öffentlicher Ämter (§ 35).

Die *disziplinarische Entlassung* der Richter des Reichsgerichts ordnete das GVG von 1877, die übrigen Richter unterstanden den Beamtenetzen und Dienststrafordnungen der betreffenden Länder.

⁷ Einer der obern Gerichtshöfe (eine Abteilung des High Court of Justice), in dem der König ursprünglich persönlich Recht sprach.

⁸ Yearly County Court Practise 1928 Bd. I S. 2 (zitiert nach H. Gerland, Parlament und Gerichte).

⁹ F. Adickes: «Grundlinien durchgreifender Justizreform», Berlin 1906, S. 53.

Die Mitglieder des Reichsgerichts konnten aus folgenden Gründen ihres Amtes enthoben werden:

1. bei Verurteilung wegen einer entehrenden Handlung oder bei Vorliegen einer Freiheitsstrafe von mehr als einjähriger Dauer (GVG 126), und
2. bei dauernder Unfähigkeit zur Erfüllung der Amtspflichten infolge eines körperlichen Gebrechens oder Schwäche der geistigen oder körperlichen Kräfte (GVG 128).

Die Beschlussfassung der A. E. erfolgte durch Plenarbeschluss des Reichsgerichts, wobei das angeklagte Mitglied sowie der Oberreichsanwalt zu hören waren (§§ 126₂ und 129₂). Die *Suspension* nach § 8 Al. 2 trat in Kraft für die Dauer einer Untersuchungshaft eines Mitgliedes und die Dauer des Hauptverfahrens gegen dasselbe (§ 127).

Sehr eingehend war auch beispielsweise die preussische Dienststrafenordnung¹: Die Entlassung als Dienststrafe war möglich beim Richter, der

- a) seine Amtspflichten verletzte, oder
- b) sich durch sein Verhalten in und ausser dem Amte der Achtung, des Ansehens oder des Vertrauens, die sein Beruf erfordern, unwürdig zeigte.

Die A. E. war die schwerste der fünf Disziplinarstrafen, Art und Höhe dieser Strafen richtete sich nach den Verfehlungen und der gesamten Führung des Richters. Auf längere, unberechtigte Entfernung vom Amt war die A. E. als *einzige* Strafe vorgesehen.

Neben der als Strafe gedachten A. E. bei Verschulden, durch die der Richter Anspruch auf Ruhegehalt, Hinterbliebenenversorgung, Amtsbezeichnung und Titel verlor, war auch eine administrative A. E. zufolge von Infirmität («Blindheit, Taubheit oder einem andern körperlichen Gebrechen, ebenso bei Schwäche der körperlichen und geistigen Kräfte» § 86) in der Form einer zwangsweisen Versetzung in den Ruhestand geregelt.

Das Verfahren vor dem Dienststrafsenat war genau umschrieben, auch das Verhältnis zwischen Straf- und Disziplinarverfahren erfuhr

¹ Dienststrafenordnung für richterliche Beamte vom 27. 1. 1932 (beinahe dieselben Vorschriften wies schon ein gleichlautendes Gesetz von 1852 auf).

eine Regelung. Das Urteil war an den Grossen Dienststrafsenat weiterziehbar.

Die Stellung des deutschen Richters wurde durch die Gesetzgebung des Nationalsozialismus naturgemäss stark berührt:

«Beamte, die nach ihrer bisherigen politischen Betätigung nicht Gewähr dafür bieten, dass sie jederzeit rückhaltlos für den nationalen Staat eintreten, können entlassen werden»

bestimmte zwei Monate nach der Machtergreifung das «Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums» vom 7. 4. 1932. Damit war, formell gesehen, einfach ein neuer Entlassungsgrund in Uebereinstimmung mit GVG § 8 geschaffen, praktisch war aber damit die Inamovibilität der Richter aufgehoben. Das «Deutsche Beamten-gesetz» vom 26. 1. 1937 bestätigte diese Entwicklung².

2. Teil:

In der Schweiz

Die A. E. des Richters in der Schweiz darf, im Gegensatz zu dem auf S. 62 mit Bezug auf das Ausland gesagten, nicht vom Standpunkt der Inamovibilität aus beurteilt werden. Diese nimmt eine bestimmte staatsrechtliche Stellung des Richters als Voraussetzung und will diese Stellung einerseits sichern, anderseits dagegen auch die Grenzen des Schutzes, der dem Richter so zuteil wird, definieren. Dieses Bestreben ruft eine Spezialgesetzgebung, eine Dienststrafenordnung hervor, wie sie sich am klarsten in Deutschland zeigt. Etwas weniger deutlich ist diese Entwicklung in Frankreich und England, wobei in letzterem Land die Ausarbeitung und Differenzierung der grundlegenden Disziplinarnormen nicht in Gesetzen, sondern durch Präjudizurteile und Literatur erfolgte. Anders in der Schweiz: nur wenige Kantone haben eine abgeschlossene Disziplinargesetzgebung für ihre Beamten¹, ebenso klein ist die Zahl jener Kantone, die eine vollständige Regelung für ihre richterlichen Beamten getroffen

² § 71. Die Unabhängigkeit des richterlichen Urteils wurde allerdings weiter angestrebt (§ 171: die Justizverwaltung konnte den Antrag auf A. E. nicht auf den sachlichen Inhalt einer in Ausübung der richterlichen Tätigkeit getroffenen Entscheidung stützen), aber nunmehr nicht weiter auf dem Weg der Unabsetzbarkeit im Sinne eines staatsrechtlichen Schutzes der richterlichen Gewalt.

¹ Bern, Solothurn, Baselstadt, St. Gallen.

haben². Formell oft als Uebertretungsstrafrecht aufgestellt, stützt sich die Disziplinargesetzgebung in der Schweiz weniger auf dogmatische Erwägungen, als auf solche der Utilität. Diese bei der Errichtung der Disziplinarordnungen ausschlaggebende undogmatische Betrachtungsweise muss auch die folgende Erörterung der A. E. des schweizerischen Richters leiten, erst nach dieser Studie kann untersucht werden, ob und vielleicht wie weit der Richter in der Schweiz inamovibel sei (§ 17).

§ 13. Die Entwicklung des richterlichen Disziplinarrechts in der Schweiz

I. Die durch die französische Revolution verbreiteten neuartigen Ideen über das Beamtentum, über die ständige Kontrolle der Vertreter der Staatsgewalt durch die stimmberechtigten Bürger, wurden von den Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft in einem Moment verwirklicht, da diese Gedankengänge in Frankreich, was die Richter anbelangte, schon wieder zugunsten einer neuerlichen Inamovibilität beiseitegestellt worden waren¹. Das Gegengewicht zur Lebenslänglichkeit: eine gut ausgebaute Disziplinargesetzgebung war in Verhältnissen, wo das Richteramt eine Ehrenstelle war, die periodisch neu besetzt wurde, keine dringende Notwendigkeit. Das Fehlen einer Inamovibilitätslehre² brachte es mit sich, dass das richterliche Disziplinarrecht nicht gesondert behandelt wurde, sondern mit dem der Verwaltungsbeamten oft identisch war. Die Geschichte der Entwicklung des richterlichen Disziplinarrechts ist daher — bis heute — zum grössten Teil diejenige des Disziplinarrechts des Staatsbeamten überhaupt.

II. Die kantonalen Strafgesetzbücher enthielten die (auch vom heutigen StGB behandelten) groben Verstösse gegen die Amtspflicht: passive Bestechung, Amtsmissbrauch. Diese Straftatbestände waren mit Zuchthaus und Gefängnis bedroht, zogen aber immer auch die A. E. nach sich. Diese A. E. war eine Ehrenstrafe: wer sich

² Freiburg, Tessin, Waadt, Genf.

¹ Vgl. oben § 3.

² Bezeichnenderweise findet sich der Ausdruck «Inamovibilität» nur selten in der schweizerischen Literatur, da es sich um Anwendung eines fremden Maßstabes auf unsere Verhältnisse handelt.

durch schlechtes Betragen seines Amtes unwürdig gezeigt hatte, sollte nicht weiter im Staatsdienst verbleiben. Gewisse Strafgesetzbücher bezeichneten die A. E. als *Hauptstrafe*³, andere betrachteten sie als *Nebenstrafe*⁴.

III. Neben diesen Fällen von beiläufig im Strafgesetzbuch geregeltm Disziplinarrecht erfassten viele kantonale Strafgesetzbücher unter dem Tatbestand der «Amts- und Dienstpflichtverletzung» weitere Teile des Disziplinarrechts⁵: da die Sanktion der A. E., die ja eine Strafe war, sich nicht nur auf die enumerierten Tatbestände, sondern auch auf jede schwerere Pflichtverletzung erstreckte, wurden auch die Amts- und Dienstpflichtverletzungen zum eigentlichen Strafrecht gezählt. Waren aber die schwereren Disziplinarfälle alle im Strafgesetzbuch geregelt, so war ein zusätzliches, selbständiges Disziplinarrecht kaum mehr nötig, wo es doch noch entstand, beschränkte es sich auf die Kompetenzerteilung zur Ausfällung von Rügen und Bussen.

IV. Daneben gab es aber Kantone, die verhältnismässig schon früh, d. h. um die Mitte des 19. Jahrhunderts, wohl unter dem Einfluss ausländischer Vorbilder, neben oder ausserhalb des Strafgesetzbuches eigentliche Disziplinarordnungen für ihre richterlichen Beamten schufen; die Disziplinarkompetenz wurde in die Hand einer Disziplinarbehörde gelegt, Verfahren und Arten der Strafen genau bestimmt⁶. Später, dem Bedürfnis der sich immer mehr zum Berufsbeamten entwickelnden Richterstellung folgend, verfassten bis zur Einführung des Eidg. StGB weitere Kantone Disziplinalgesetze, die entweder als Ergänzung des Strafgesetzes funktionierten⁷ oder eigentliche Beamtengesetze waren⁸.

V. Die Einführung des EStGB stellte die Kantone, neben andern

³ StGB Thurgau 3 h, 11, 274 ff.; Schaffhausen 257; Zug 13b; St. Gallen 16; Glarus 3a, 10; Appenzell A.-Rh. 410, 14.

⁴ StGB Aargau 16; Solothurn 23; Graubünden 14 b; Luzern 52, 3; Appenzell I.-Rh. 11; Obwalden 48; Neuenburg 8s; Wallis 381; Bern 20.

⁵ StGB Zürich 212; Luzern (Pol. Str. Ges.) 170; Obwalden 61; Zug 52; Appenzell A.-Rh. 67; St. Gallen 165; Graubünden 207; Aargau 89; Thurgau 275; Waadt 352, Genf 171 und 172.

⁶ Thurgau 1851 (in Verbindung mit dem StGB); Freiburg 1848 (ausserhalb des StGB); Luzern 1842 und Aargau 1852 (parallel zur Regelung des StGB).

⁷ StGB Uri 1886; Glarus 1895; Schwyz 1923; Appenzell I.-Rh. 1926; Zug 1931.

⁸ StGB Neuenburg 1910; Waadt 1911; Tessin 1924; Baselstadt 1926.

Problemen, die sich ergaben, auch in bezug auf das Disziplinarrecht vor eine neue Situation: nachdem der Vorentwurf von 1908 noch, der Auffassung der Mehrzahl der Kantone folgend, den Tatbestand der Amts- und Dienstpflichtverletzung (Art. 232) aufgestellt hatte, enthielten die späteren Entwürfe und auch das endgültige Gesetz dieses Delikt nicht mehr. Damit wurden die meisten kantonalen Disziplinarordnungen sozusagen enthauptet, nur zum Teil aber haben die betreffenden Kantone die so entstandene Lücke durch Ausbau ihrer Disziplinalgesetze ausgefüllt⁹.

§ 14. Die Amtsentzung des StGB

I. Art. 51 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. 12. 1937 lautet:

«Hat sich ein nach diesem Gesetze beurteilter Beamter durch sein Verbrechen oder Vergehen seines Amtes unwürdig gemacht, so entsetzt ihn der Richter des Amtes und erklärt ihn auf zwei bis zehn Jahre als nicht wählbar zu einem Amte...»

Er bezeichnet die Amtsentsetzung als *Nebenstrafe* und schliesst damit eine Entwicklung, die dieses Institut im Verlauf der Zeit durchgemacht hat, vorläufig ab¹. War zuerst der Vergeltungscharakter dieser Ehrenstrafe unverkennbar, ist jetzt die objektive Feststellung des Zustandes der Amtsunwürdigkeit, gleichviel ob er die Folge eines Amts- oder eines andern Deliktes sei, Voraussetzung dieser Nebenstrafe geworden.

Beamter im Sinne dieses Artikels ist, nach der Legaldefinition des Art. 110, auch der Richter, daher muss in der Zusammenstellung der verschiedenen Modalitäten der A. E. des Richters in der Schweiz auch die Regelung des Strafgesetzbuches in Betracht gezogen werden. Wir stellen sie an die Spitze unserer Betrachtungen, von ihr ausgehend soll das kantonale, die A. E. betreffende Disziplinarrecht untersucht werden.

II. Die Stellung der *Nebenstrafen* im StGB ist noch nicht vollständig abgeklärt. Es besteht die Tendenz, die A. E. zusammen mit Lan-

⁹ Siehe unten § 15.

¹ Max Homberger: «Amtsentsetzung und Einstellung im Amt als strafrechtliche Unrechtsfolgen», Zürich Diss. 1933 S. 14 ff.

desverweisung, Wirtshausverbot und Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit aus dem Strafenkreis herauszulösen, um sie als *Massnahmen* auszugestalten². Man bezweckt, nach heutiger Auffassung, durch Entfernung eines unwürdigen Beamten von seiner Stelle nicht in erster Linie die Besserung des Fehlbaren, auch tritt der Vergeltungscharakter bei den Nebenstrafen stark zurück — im Vordergrund steht vor allem die Ueberlegung, dass das Andauern eines unmöglichen Zustandes verhindert werden soll.

III. Damit schliesst sich ein Kreis: die Entwicklung hat die Natur der strafrechtlichen A. E. vollkommen geändert: StGB 51 bezweckt genau das, was Aufgabe des Beamtendisziplinarrechts ist, nämlich die Aufrechterhaltung des geordneten Geschäftsganges in der Verwaltung. Füglich kann die durch den Strafrichter unter Anwendung von Art. 51 StGB ausgesprochene A. E. als eigentliche, im Anschluss an das Strafverfahren beschlossene Disziplinar-massnahme angesehen werden, die ein zusätzliches Disziplinarverfahren, das den gleichen Zweck (d. h. die Entfernung des Beamten aus seiner Stellung) hätte, überflüssig macht³.

In ihren Wirkungen geht die vom Strafrichter ausgesprochene A. E. allerdings über die rein disziplinarische hinaus: nicht nur der enge Kreis einer bestimmten Verwaltung wird gesäubert, auch die andern staatlichen Verwaltungen sollen vor dem, der sich des einen Amtes unwürdig gezeigt hat, bewahrt werden. Der Verurteilte soll, nach Ermessen des Richters, auf zwei bis zehn Jahre zu keinem neuen Amte wählbar sein. An der grundsätzlichen Feststellung jedoch, dass Art. 51 StGB die disziplinarrechtlichen Interessen im Strafprozess wahre, ändert diese Erweiterung nichts.

IV. Die Stellung des StGB zur Frage des Disziplinarrechts wird ausserdem deutlich an der Behandlung des «Straftatbestandes» der Amts- und Dienstpflichtverletzung. Noch der VE von 1908 enthielt, nach dem Vorbild der meisten kantonalen Strafgesetzbücher, in Art. 232 diesen Tatbestand. Er wurde von der II. Expertenkommission mit der Begründung gestrichen, er sei eine unerfreuliche, der vorgesetzten Behörde gegebene Blankovollmacht; das bestehende

² BGE 71 IV 25; *Hafer* a. a. O. S. 317; *M. Homberger* a. a. O. S. 16 und 29.

³ BGE i. S. Bühler vom 12. 6. 1936; *M. Homberger* a. a. O. S. 23.

Disziplinarrecht wurde als ausreichend zur Erledigung der Amtspflichtverletzung angesehen. Hier entschied sich der Streit, ob das Disziplinarrecht als Disziplinarstrafrecht aufzufassen sei, oder ob es einen eigenen Rechtskreis mit eigenen Aufgaben darstelle. Letztere Auffassung gewann Oberhand⁴. Mit der Feststellung, in Disziplinarfällen solle sich der Vorgesetzte nicht «hinter dem Strafgesetzbuch verstecken»⁵, wurde eine Abtrennung des Disziplinarrechts vom Gebiet des im Strafverfahren angewendeten Strafgesetzbuches vorgenommen — was allerdings, wie die weitere Entwicklung zeigt, eine der konservativen Einstellung der Kantone nicht genügend Rechnung tragende Massnahme war.

§ 15. Disziplinarrecht als Uebertretungsstrafrecht

I. Die Struktur der schweizerischen Kantone als Volksstaaten ergab eine Vernachlässigung des Beamtenrechts und führte zum Notbehelf der strafrechtlichen Erfassung der Amtspflichtverletzungen. Die moderne Auffassung des Schweiz. StGB, die das Disziplinarrecht — soweit es es nicht geradezu um mit Gefängnis oder Zuchthaus zu bestrafende Vergehen und Verbrechen handelt — aus dem Kreis des Kriminalstrafrechts verbannt, hätte nun konsequenterweise überall durch eine entsprechende Ergänzung, Erneuerung oder Neuschaffung der kantonalen Disziplinar Gesetze eine Bestätigung erfahren sollen. Dies war aber, was das richterliche Disziplinarrecht anbelangt, nicht überall der Fall¹, eine Reihe von Kantonen begnügte sich damit, den Straftatbestand der Amts- und Dienstpflichtverletzung wieder als kantonales Uebertretungsstrafrecht in ihr Einführungsgesetz zum StGB aufzunehmen^{2, 3}.

⁴ Dass es sich um einen eigentlichen Kampf der verschiedenen Auffassungen von Disziplinarrecht handelte, zeigen die verschiedenen Voten der Teilnehmer an den Sitzungen der II. Expertenkommission: Prot. II. Exp.-Kom. Bd. V S. 344 ff. und 402 ff., dagegen Bd. VI S. 150/151.

⁵ Votum Wettstein Prot. II. Exp.-Kom. Bd. VI S. 151.

¹ Diese Anpassung führten durch: Zug 3.; Solothurn 2.; Baselland 2.; St. Gallen 3.

² Luzern 2. 56/57; Schwyz 4. 49; Appenzell I.-Rh. 3. 54₂; Appenzell A.-Rh. 3. 39; Thurgau 4. 51.

³ Während andere Kantone gar keine Anpassung vornahmen, s. unten § 16 III b.

Der Grund dieses Vorgehens liegt auf der Hand: die Aenderung der bisherigen Betrachtungsweise, die das Disziplinarrecht als Bestandteil des Kriminalstrafrechts ansah, konnte nicht einfach durch das Weglassen eines Gesetzesartikels erzielt werden, dazu waren die bisherigen Begriffe von Beamtentum in der föderalistischen Schweiz zu tief verwurzelt! Die Stellung eines Beamten der Bundesverwaltung ist eben doch eine ziemlich andere als diejenige eines nebenamtlichen Richters der Innerschweiz beispielsweise; die Entfernung der Disziplinargerichtbarkeit aus dem Strafgesetzbuch, die eine indirekte Folge der Verberuflichung der Beamtung (und der damit entstandenen selbständigen Beamtengesetze) ist, wird da, wo der Beamte noch seine ursprüngliche Stellung als Volksbeamter behalten hat, nur schwer verstanden. Auch ist es für diese Kantone kaum einleuchtend, dass eine ausführliche Beamtengesetzgebung an Stelle eines einzigen Artikels des StGB treten sollte, wo doch letzterer, wie die Praxis zeigte, vollkommen genügte.

Ferner bestimmen mehrere Kantonsverfassungen, dass kein Beamter *ohne richterliches Urteil* seines Amtes entsetzt werden dürfe⁴, dies mag mit ein Grund zur Beibehaltung der bisherigen, strafrechtlichen Regelung des Disziplinarrechts sein⁵.

II. Dieser Einschlebung des Disziplinarrechts in das kantonale Uebertretungsstrafrecht stehen formelle Schwierigkeiten im Wege: ist die Amts- und Dienstpflichtverletzung Tatbestand des kantonalen Uebertretungsstrafrechts, so können auch nur die auf Uebertretungen stehenden Sanktionen angedroht werden⁶:

«Uebertretungen sind die mit Haft oder Busse oder mit Busse allein bedrohten Handlungen» (StGB 101), denn die Einschränkung der auf Uebertretungen stehenden Strafen gilt auch für das nach StGB 335 den Kantonen überlassene Strafrecht⁷. Vor allem scheint fraglich, ob *bei einer blossen Uebertretung die Nebenstrafe der A. E.* (StGB 51) *ausgesprochen werden kann*.

Das Verhältnis der Nebenstrafen zum Uebertretungsstrafrecht ordnen StGB 103 und 104. Die Nebenstrafen werden in zwei Kate-

⁴ In Bern, Luzern, Schwyz, Obwalden, Zug und Neuenburg.

⁵ Setzt sich allerdings die Disziplinarbehörde aus Richtern zusammen, so kann auch deren Disziplinarentscheid als «Urteil» im Sinne dieser Verf.-Bestimmungen angesehen werden.

⁶ Siehe oben § 8 IV.

⁷ BGE 69 IV 8.

gorien eingeteilt: solche, die überhaupt keine Anwendung finden (Art. 103) und solche, die nur «in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen» zulässig sind (Art. 104₂). Die A. E. wird aber weder in der einen, noch in der andern Kategorie aufgeführt. Kann hieraus geschlossen werden, die A. E. bilde eine dritte, schlechthin bei jeder Uebertretung anwendbare Kategorie von Nebenstrafen?

Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 103 und 104₂ ergibt sich folgendes: anfänglich stand die A. E. in der Liste der im Uebertretungsstrafrecht nicht anwendbaren Nebenstrafen⁸, wurde aber von der II. Expertenkommission in die Reihe der nur bei ausdrücklicher Erwähnung im Gesetz zulässigen Nebenstrafen versetzt⁹, um schliesslich auch hier — als «bei Uebertretungen kaum in Frage kommend»¹⁰ — gestrichen zu werden. Diese Vorgeschichte schliesst die Auslegung, dass die A. E. des StBG auf Uebertretungen anwendbar sei, aus¹¹.

III. Die Bezeichnung der Amts- und Dienstpflichtverletzung als Uebertretungsstraftatbestand in den Kantonen Schwyz, Appenzell a. Rh. und Thurgau¹² scheint ohne weiteres vorauszusetzen, die A. E. nach StGB 51 könne auch bei Uebertretungen ausgesprochen werden. Da aber im weitem keine kantonalen disziplinarischen Handhaben gegeben sind, könnte in diesen Kantonen kaum eine A. E. eines Richters aus disziplinarischen Gründen ausgesprochen werden.

Luzern und Appenzell I. Rh. dagegen fügen dem Text des Tatbestandes der Amts- und Dienstpflichtsverletzung im EG auch die Androhung der A. E. bei: diese A. E. kann als *Massnahme kantonalen Rechts* angesehen werden, die sich ohne weiteres mit einer Uebertretungsstrafe verbinden lässt¹³.

IV. Nicht die Tatsache, dass die Amts- und Dienstpflichtsverletzung im Einführungsgesetz zum StGB geregelt wird, sondern die Verfolgung dieser Pflichtsverletzung im Strafverfahren macht sie zum Uebertretungsstraftatbestand. Deshalb handelt es sich bei der

⁸ Prot. II. Exp.-Kom. V. 436, im damaligen Art. 240 Abs. 1.

⁹ In den Abs. 2 des damaligen Art. 240.

¹⁰ Prot. II. Exp.-Kom. VI 161, Votum Zürcher.

¹¹ a. M. E. *Hafer* a. a. O. S. 316; P. *Logoz* Kommentar zum StGB, Bd. I, Neuenburg 1939, S. 222, Art. 5 N. 4

¹² Schwyz 4. 49; Appenzell A.-Rh. 3. 39; Thurgau 4. 51.

¹³ BGE 69 IV 185.

im EG StGB des Kantons St. Gallen geordneten Amts- und Dienstpflichtsverletzung¹⁴ um eigentliches Disziplinarrecht und nicht wie in den eben¹⁵ zitierten Kantonen um Uebertretungsstrafrecht.

§ 16. Die disziplinarrechtliche Amtsentsetzung

I. Der Einfluss der ausländischen richterlichen Disziplinarordnungen auf die Gesetzgebung der schweizerischen Kantone zu dieser Materie ist unverkennbar. Wir finden in der Schweiz sowohl die parlamentarische Form des zur-Rechenschaft-ziehens des Richters, wie wir sie von England her kennen, als auch die beamtenrechtlichen Disziplinargerichtshöfe der Beamtenstaaten Frankreich und Deutschland. Mit der spezifisch schweizerischen Institution der strafrechtlichen Disziplinargerichtsbarkeit¹ verbinden sich diese ausländischen Einflüsse zu den heute geltenden kantonalen Ordnungen. Es wäre müssig, im einzelnen der Provenienz jeder schweizerischen Disziplिनarnorm nachzugehen, obwohl die Uebernahmen aus ausländischen Disziplinarordnungen oft sehr augenfällig sind: nicht diese einzelnen Institute, sondern ihre Zusammensetzung bestimmen das Bild des richterlichen Disziplinarrechts in der Schweiz.

II. Die disziplinarische A. E. des Richters in den schweizerischen Kantonen wird von einer verwirrenden Fülle von Gesetzen und Verordnungen geregelt, darüber hinaus ist materielles Disziplinarrecht oft auch noch in den kantonalen Verfassungen niedergelegt. Verwirrend ist auch die Vielgestaltigkeit, die sich aus dem Zusammenspiel der verschiedenen in Frage kommenden Gesetze ergibt — nicht zwei der 25 Kantone und Halbkantone haben die Disziplinentlassung des Richters gleich gestaltet. Sicher findet sich dieses oder jenes Institut bei zwei oder mehreren Kantonen zugleich, dafür divergieren aber die Ansichten dieser selben Kantone in der nächsten Frage, und in der übernächsten gar nehmen sie diametral entgegengesetzte Standpunkte ein. In der Quellensammlung (S. 7 ff.) haben wir für jeden Kanton diejenigen Gesetze zusammengestellt, die miteinander das Disziplinarrecht und damit die Ordnung der A. E. des Richters ergeben.

¹⁴ St. Gallen 3. 7 ff.

¹⁵ S. 65 N. 2.

¹ Siehe oben §§ 13/15.

Um aber darüber hinaus durch eine Zusammenfassung der hauptsächlichsten Linien in diesen kantonalen Gesetzgebungen Anhaltspunkte für eine Beurteilung der Stellung des Richters vom gesamtschweizerischen Standpunkt aus zu gewinnen, soll hier versucht werden, einen Ueberblick über die Gesamtheit der geltenden Bestimmungen zu geben.

A. Die kantonalen Disziplinarsysteme

Es lassen sich zwei Kategorien von eindeutig orientierten Disziplinarsystemen ausscheiden: einerseits diejenigen Kantone, die fest auf dem Boden einer eigentlichen *Disziplinalgesetzgebung* stehen, anderseits diejenigen Kantone, die noch klar am System des materiell und formell *strafrechtlichen Disziplinarwesens* festhalten.

1. Eine beamtenstaatliche, auf den Richter zugeschnittene Disziplinalgesetzgebung haben die Kantone Freiburg, Tessin, Waadt und Genf², ein einziger Disziplinargerichtshof ist für die Bestrafung der Vergehen gegen die Amtspflichten für sämtliche Richter des Kantons zuständig³. Ferner haben eine unterschiedslos auf alle Beamte des Kantons, also auch auf die Richter, anwendbare, geschlossene Disziplinalgesetzgebung die Kantone Solothurn, Basel-Stadt und St. Gallen⁴.
2. Ausschliesslich als kantonales Uebertretungsstrafrecht behandeln die Verletzung der Amts- und Dienstpflicht Schwyz, Appenzell A. Rh., Appenzell I. Rh. und Thurgau. Zu dieser Gruppe kann man auch noch Luzern rechnen, dessen strafrechtliche Ordnung derjenigen der hier aufgeführten Kantone entspricht, parallel dazu kennt aber Luzern auch die disziplinarrechtliche Zurverantwortungziehung seiner Richter⁵.

Die restlichen Kantone haben kein genau abgegrenztes, definierbares Disziplinar«system», die tatsächliche Ordnung ergibt sich bei ihnen aus dem Zusammenspiel vielerlei Gesetze (s. Quellensammlung), die sich aber u. U. widersprechen oder grosse Lücken offenlassen⁶. Das Disziplinarrecht, eine gerichtsorganisatorische Frage,

² Freiburg 2.; Tessin 2.; Waadt 2.; Genf 3.

³ Freiburg 2. 6; Tessin 2. 79 ff.; Waadt 2. 138; Genf 3. 1 ff.

⁴ Solothurn 2.; Baselstadt 2.; St. Gallen 3.

⁵ Luzern 4.

⁶ Ueber die Bedeutung dieser Lücken s. unten § 17.

wird in Kantonsverfassungen, Verantwortlichkeitsgesetzen, Gerichtsverfassungen, Zivil- und Strafprozessordnungen, Geschäftsreglementen, Gehaltslisten und vielen Spezialgesetzen behandelt. Auch innerhalb eines und desselben Kantons ist das Bild oft nicht einheitlich, da sich die Auffassungen über das Wesen des Disziplinarrechts von einem Gesetz zum andern wandelten⁷.

B. Die Disziplinarbehörden

Die Ueberwachung der Rechtsprechung geschieht in der Schweiz durch die Aufsichts- und Obergerichtsbehörden. Parlament und Regierungsrat haben oft ein durch die Kantonsverfassung verliehenes Aufsichtsrecht «über die Gerichte» oder «über das Justizwesen»⁸, ferner ist das höchste Gericht des Kantons jeweils mit der Aufsicht über die untern Gerichte betraut⁹. Neben dieser allgemein gehaltenen Aufsichtspflicht steht die spezielle: das Parlament über die einzelnen Mitglieder des Obergerichts¹⁰, gewisse Gerichte über ihre eigenen Mitglieder¹¹, der Gerichtspräsident eines Gerichtes über die Richter der nächstuntern Instanz¹². Ein Richter untersteht also unter Umständen mehreren, d. h. bis zu drei Aufsichtsbehörden gleichzeitig.

Welche dieser Aufsichtsbehörden ist nun Disziplinarbehörde? Jede dieser Aufsichtsbehörden hat zumindest das Recht zur Erteilung von Verweis, Rüge und Tadel¹³, die Anwendung anderer Disziplinarmittel dagegen fällt nur in die Kompetenz jener Aufsichtsbehörde, der das Gesetz diese Funktion zuweist: der Disziplinarbehörde im eigentlichen Sinn. Oft kann aber gar nicht von einer Disziplinarbehörde die Rede sein, da das Gesetz auch die über Verweis und Rüge hinausgehenden Disziplinarmittel unter die

⁷ Sogar innerhalb eines Gesetzes findet sich ein solcher Widerspruch, s. Baselstadt 2. 12 d und 2. 16!

⁸ Aufsicht durch das Parlament in Zürich 1. 31₄; Uri 1. 59 i; Nidwalden 1. 48₈; Glarus 1. 44₁₀; Zug 1. 41 e und g; Freiburg 1. 64₂; Solothurn 1. 31₄; Baselland 1. 18₆; Baselstadt 1. 49; Schaffhausen 1. 41₁₂ und ₁₃; Aargau 1. 33; durch den Regierungsrat in Graubünden 1. 34; Neuenburg 1. 50 und Genf 1. 85.

⁹ In Luzern 1. 73; Uri 1. 67; Schwyz 1. 64₃; Zug 3. 53₂; Freiburg 1. 64; Baselstadt 1. 49; Baselland 1. 25₂; Schaffhausen 1. 81; Appenzell A.-Rh. 1. 57; Aargau 1. 53 g; Thurgau 1. 51 c.

¹⁰ Luzern 1. 51₂ und 53₅; St. Gallen 2. 22.

¹¹ Zürich 2. 1 ff.; Waadt 2. 138.

¹² Aargau und St. Gallen.

¹³ Siehe oben § 6 IV und V.

verschiedenen Aufsichtsbehörden aufteilt¹⁴. Eine weitere Teilung der Disziplinargewalt tritt (insbesondere bei der A. E.) dadurch ein, dass oft eine Behörde nur Antrag an eine andere Behörde zu stellen hat¹⁵, oder etwa das Parlament die Ueberweisung eines von ihm infolge seiner Aufsichtstätigkeit wahrgenommenen und untersuchten Falles schwerer Amtsverletzung an das Disziplinargericht¹⁶ oder den Strafrichter beschliesst¹⁷. Kompetent zur disziplinarischen Entsetzung eines Richters von seinem Amte sind:

- a) das *Parlament* in Solothurn, Baselstadt, Baselland, Schaffhausen, St. Gallen und Aargau¹⁸,
- b) der *Regierungsrat* in Solothurn, Graubünden und Genf¹⁹,
- c) eine *Justizkommission*²⁰ in Zug und Obwalden²¹,
- d) das *höchste kantonale Gericht* in Zürich²², Bern, Obwalden, Freiburg, Baselland, Schaffhausen, St. Gallen, Aargau, Waadt und Wallis²³,
- e) der *Gerichtspräsident* in St. Gallen²⁴,
- f) ein eigens zu diesem Zweck zusammengestelltes *Disziplinargericht* in Bern, Freiburg, Tessin und Genf²⁵.

¹⁴ Thurgau (Verweis Parlament 2. 15 ff., Busse Obergericht 3. 465; A. E. Strafrichter 4. 51).

Luzern (Busse Obergericht 1. 51, 2. 57; Mahnungen und Verweise Gerichtspräsident 4. 7.; A. E. Strafrichter 1. 14, 4. 21 e).

Tessin (Verweis, Busse und Gehaltsentzug Justizdepartement 2. 78; Suspension und A. E. Consiglio di disciplina 2. 82).

¹⁵ Genf 3. 6.

¹⁶ Bern 4. 30 ff.; Waadt 2. 142.

¹⁷ Thurgau 2. 14 ff.; Uri 1. 59.

¹⁸ Solothurn 2. 30 a; Baselstadt 2. 12, 2. 103, 3. 683; Baselland 1. 185, 4. 9 und 18; Schaffhausen 1. 34, 4. 12, 3. 16 in Verbindung mit 2. 22, 23 u. 28; Aargau 2. 58.

¹⁹ Solothurn 2. 30 b; Graubünden 2. 5, 4. 3 und 6. 24; Genf 3. 1 ff.

²⁰ In drei Kantonen finden sich sogenannte «Justizkommissionen», die sich aus je drei Richtern der obersten Gerichte zusammensetzen. In Zug und Obwalden vertreten sie das Obergericht als Aufsichtsbehörde, diejenige in Schwyz dagegen ist oberste Beschwerdeinstanz in Strafsachen.

²¹ Zug 3. 532; Obwalden 1. 49 g.

²² Diese Kompetenz stammt allerdings noch aus der Zeit der alten Regelung des kantonalen Strafgesetzbuches, mit dessen Wegfall ist auch diese Zuständigkeitsbestimmung gegenstandslos geworden.

²³ Zürich 3. 11 g; Bern 2. 6, 4. 30 ff.; Obwalden 1. 503; Freiburg 2. 6, 3. 175; Baselland 1. 252, 2. 33, 4. 9 und 18; Schaffhausen 1. 81, 1. 32, 2. 16, 3. 31; St. Gallen 3. 16 in Verbindung mit 2. 15 und 28; Aargau 3. 79; Waadt 2. 137 ff.; Wallis 2. 512.

²⁴ Nach St. Gallen 3. 16 in Verbindung mit 2. 10 ist der Bezirksgerichtspräsident zur A. E. der Vermittler befugt.

²⁵ Bern 4. 41; Freiburg 3. 175; Tessin 2. 79 ff.; Genf 3. 1 ff.

In einigen Kantonen obliegt die Kompetenz der disziplinarischen A. E. verschiedenen Instanzen: in Baselland, Baselstadt, Schaffhausen, St. Gallen und Aargau dem obersten kantonalen Gericht die Aufgabe der eventuellen A. E. der untern Richter zu, während das Parlament über die A. E. der Mitglieder dieses obersten Gerichtes befindet ²⁶. In Solothurn entlässt der Regierungsrat die untern Richter, der Kantonsrat die Oberrichter.

C. Das Disziplinarverfahren

Entsprechend der Seltenheit disziplinarischer Vorfälle, die Mitglieder von Gerichten betreffen, sind auch nur wenige Formvorschriften für Disziplinarverfahren anzutreffen. Die wichtigsten sind folgende:

- a) die elementare Vorschrift, dass der Angeschuldigte gehört werden solle, findet sich in Bern, Freiburg, Baselstadt, Schaffhausen, St. Gallen, Thurgau, Wallis und Genf ²⁷,
- b) Thurgau und Baselstadt legen die Schriftlichkeit des Verfahrens fest ²⁸,
- c) die Möglichkeit der Kumulation von Disziplinarstrafen erwähnen Solothurn und St. Gallen ²⁹,
- d) Solothurn entscheidet als einziger Kanton ausdrücklich, dass das Strafverfahren Vorrang vor dem Disziplinarverfahren haben soll ³⁰, gleichfalls nur in diesem Kanton ist ein Disziplinarverfahren auf eigenes Begehren des Betreffenden vorgesehen ³¹,
- e) Bern stellt für die parlamentarische Untersuchung eine Reihe von Vorschriften auf ³², die sich aber in der Hauptsache mit der Wahl der Mitglieder der Untersuchungskommission und nicht mit dem eigentlichen Vorgehen dieser Kommission befassen.

III. Da bis heute nur vier Kantone eine geschlossene Gesetzgebung über das Disziplinarrecht ihrer Richter aufgestellt haben ³³, die an-

²⁶ Denselben Zweck dienen die sub f) erwähnten Spezialgerichtshöfe der Kantone Bern und Freiburg.

²⁷ Bern 2. 10, 4. 35; Freiburg 3. 174; Baselstadt 2. 14; Schaffhausen 3. 31; St. Gallen 3. 10₁; Thurgau 2. 9; Wallis 1. 22; Genf 3. 7, 4. 5.

²⁸ Thurgau 2. 9; Baselstadt 2. 14.

²⁹ Solothurn 2. 31₂; St. Gallen 3. 92.

dern Kantone dagegen nur schrittweise vorgingen und in verschiedenen, zeitlich stark — bis an die hundert Jahre (Luzern) — auseinanderliegenden Gesetzen diese Materie regelten, können Lücken kaum wundern. Insbesondere die A. E. des Richters ist mancherorts so unvollständig . . . oder auch gar nicht geordnet, dass gefragt werden muss, ob eine solche A. E. in gewissen Kantonen überhaupt gültig ausgesprochen werden könnte.

1. Auf die Schwierigkeiten — formeller Art — die sich daraus ergeben, dass die Kantone Schwyz, Appenzell a. Rh. und Thurgau für ihre disziplinarische A. E. eine Anleihe an das schweizerische StGB machen müssen, war weiter oben die Rede ³⁴.
2. Schlechterdings ausgeschlossen scheint eine A. E. auf dem Disziplinarwege gegen einen Richter auf Grund der Gesetze des Kantons Zürich zu sein: seit Wegfall des kantonalen Strafgesetzbuches beschränkt sich das auf Richter anwendbare Disziplinarrecht auf das Ordnungsstrafengesetz von 1866, welches die A. E. nicht regelt ³⁵, da Zürich den Tatbestand der «Amts- und Dienstpflichtsverletzung» samt den Folgen der A. E. im weggefallenen Strafgesetzbuch ausführlich behandelt hatte, wofür bis heute kein Ersatz geschaffen wurde. Das gleiche gilt für die Kantone Nidwalden, Glarus und Neuenburg, deren Disziplinarrecht dieselbe Lücke aufweist.
3. Obwalden hat den Tatbestand der Amts- und Dienstpflichtsverletzung nicht ins Einführungsgesetz zum schweiz. StGB aufgenommen, obwohl in diesem Kanton nach Art. 15 der Kantonsverfassung kein Beamter vor Ablauf seiner Amtsdauer ohne richterliches Urteil seiner Stellung entsetzt werden darf. Nicht sicher ist, ob weiterhin Art. 48 des Pol. Str. Ges. vom 20. 4. 1870 als kantonale Massnahme angewendet werden kann ³⁶.
4. Eine Lücke in bezug auf die Disziplinarbehörden lässt Baselstadt offen: der Grosse Rat kann die Gerichtspräsidenten und Statt-

³⁰ Solothurn 2. 33.

³¹ Solothurn 2. 33.

³² Bern 4. 36 ff.

³³ Freiburg, Tessin, Waadt und Genf.

³⁴ Siehe oben § 15.

³⁵ Einen Vorschlag zur Ergänzung der unvollständigen Regelung in Zürich macht E. Hafter in ZSR Bd. 58 S. 35 a.

³⁶ Siehe oben § 15 III.

halter aller kantonalen Gerichte entlassen³⁷, das Appellationsgericht hat diese Kompetenz für die Richter der untern Gerichten³⁸. Nicht geregelt dagegen ist die Aufsicht über die Appellationsrichter (exklusive Präsident und Statthalter).

5. Die drei der Justizkommission des Kantons Zug angehörigen Obergerichter scheinen gleichfalls, da zu ihrer A. E. niemand zuständig ist, überhaupt nicht absetzbar zu sein.

IV. Die disziplinarische A. E., wie wir die auf dem Disziplinarweg erfolgende Entsetzung vom Amt bezeichnet haben³⁹, umfasst sowohl die verschuldete als auch die unverschuldete A. E.: neben Fällen, wo ein Richter wegen schuldhafter Verletzung seiner Amtspflichten seines Amtes enthoben werden muss, stehen die A. E. wegen Infirmität (d. h. unheilbarer körperlicher oder geistiger Krankheit) und die Entlassung wegen Aenderung der Gerichtsorganisation⁴⁰.

Sieht man nun das Disziplinarrecht als *Sonderstrafrecht*⁴¹, so muss neben die disziplinarstrafrechtliche A. E. auch noch die administrative A. E. treten.

Die *administrative Amtsentsetzung* eines Richters, d. h. die Enthebung vom Amt wegen Amtsunfähigkeit kennen aber nur neun Kantone: Bern, Luzern, Nidwalden, Zug, Solothurn, Wallis, Neuenburg und Genf.

Bern nennt sie «Entfernung vom Amt aus unbestimmten Gründen», Luzern «Entsetzung wegen Untauglichkeit», Nidwalden «Verlust der Erfordernisse zur Wahlfähigkeit», Zug «Abberufung wegen Unfähigkeit», Solothurn «Auflösen des Dienstverhältnisses aus wichtigen Gründen», Baselstadt «Entlassung wegen Dienstunfähigkeit oder Ungeeignetheit zum Dienst», Wallis «Einstellen in den Funktionen aus wichtigen Gründen», Neuenburg betrachtet ein länger als einen Monat dauerndes Fernbleiben vom Amt als Demission, Genf spricht von «relever de sa charge tout magistrat incapable en raison d'âge ou de maladie»⁴².

³⁷ Baselstadt 2. 12 d.

³⁸ Baselstadt 3. 684.

³⁹ Im Gegensatz zur strafrechtlichen A. E., die im Strafprozess und durch den Strafrichter erfolgt (s. oben § 9 II).

⁴⁰ Siehe Einleitung S. 13.

⁴¹ Mit welcher Betrachtungsweise wir uns im 3. Kapitel (§ 8) auseinandergesetzt haben.

⁴² Bern 2. 7; Luzern 4. 22; Nidwalden 1. 23; Zug 2. 17; Solothurn 2. 56; Baselstadt 2. 16; Wallis 2. 51₂; Neuenburg 2. 101₂; Genf 3. 6 c.

Das Verfahren der unverschuldeten A. E. unterscheidet sich jeweils nicht von dem der verschuldeten A. E.

Die übrigen Kantone sehen eine unverschuldete A. E. gar nicht vor. Diese Lücke der kantonalen Disziplinarordnungen gibt zu der im nächsten § zu beantwortenden heiklen Frage Anlass, was bei unverschuldeter Amtsunfähigkeit eines Richters dieser Kantone zu geschehen habe.

V. Sehr summarisch ist die Disziplinarordnung für die Mitglieder des Schweizerischen Bundesgerichts, sie stehen nach Art. 18 des Verantwortlichkeitsgesetzes von 1850 unter der Aufsicht der Bundesversammlung. Eine Kommission hat den Fall der zu einer Beschwerde gegen einen Bundesrichter Anlass gibt, zu untersuchen⁴³. Die Disziplinarkompetenz des Parlamentes geht aber nicht über die Rüge⁴⁴ hinaus⁴⁵.

§ 17. Inamovibilität des schweizerischen Richters?

I. Das Nichtvorhandensein staatspolitischer Voraussetzungen, die auch in der Schweiz zur Lebenslänglichkeit des Richteramtes geführt hätten, bedingt auch das Fehlen einer dogmatischen Inamovibilitätslehre, die eine logische Ergänzung der Lebenslänglichkeit ist. Da jedoch in der Schweiz das Interesse an der Unabhängigkeit der Rechtsprechung nicht geringer als im Ausland ist, haben auch die Gesetzgebungen der Kantone gewisse Garantien hierfür eingeschaltet, neben den die Gewaltentrennung feststellenden Verfassungsartikeln finden sich auch viele Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen, die sich mit dem Schutz des Richters direkt befassen.

Den Unterschied der Tätigkeit des richterlichen Beamten zur Tätigkeit des Verwaltungsbeamten: dass der Richter keine Weisungen einer vorgesetzten Behörde zur Urteilsfindung entgegenzuneh-

⁴³ Art. 22 d. G.

⁴⁴ Art. 23 c.

⁴⁵ H. Escher a. a. O. S. 154/55 gelangt zum entgegengesetzten Resultat: dass das Parlament die Kompetenz zur A. E., nicht aber zur Rüge habe! Gegen diese Auffassung H. Kaufmann: «Die Revision des Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850», Basel 1912, S. 48. — W. Burckhardt, Kommentar, hält dafür, dass die A. E. eines Bundesrichters durch die Bundesversammlung zwar bei Amtsunfähigkeit, nicht aber als Disziplinarstrafe ausgesprochen werden könnte (S. 696/97).

men hat, wird in Zug, Freiburg, Aargau und Waadt¹ speziell hervorgehoben. Eine ausdrückliche Garantie gegen eine willkürliche A. E. eines Beamten (der Verwaltung oder der Rechtsprechung) enthalten die Verfassungen von Bern, Luzern, Schwyz, Nidwalden, Obwalden, Glarus, Zug, Solothurn, Baselland, Schaffhausen, Wallis und Neuenburg:

In Glarus, Solothurn, Baselland und Schaffhausen² darf ein Beamter nur *«in den vom Gesetz vorgeschriebenen Fällen und den durch dasselbe vorgeschriebenen Formen»*,

in Bern, Luzern, Schwyz, Obwalden, Zug und Waadt³ kann ein Beamter, in Neuenburg kein Richter⁴ *«ohne richterliches Urteil»* von seinem Amt entfernt werden.

Der Garantiecharakter dieser Bestimmungen ist unverkennbar⁵, sie sind sozusagen das Gegengewicht zum Einmischungsprinzip des Aufsichtswesens, dessen Grenzen damit gezeichnet werden. Nur rund die Hälfte aber der Kantone garantieren durch eine Verfassungsbestimmung die Stellung ihrer Beamten, deshalb muss untersucht werden, welches die Situation der Richter der andern Kantone ist.

II. Nach dem Grundsatz der *Gesetzmässigkeit der Verwaltung* darf die Verwaltung nur innerhalb der gesetzlichen Schranken tätig werden. Die Amtsentsetzung eines Richters im Disziplinarverfahren — gleichgültig durch wen sie geschieht — ist ein Justizverwaltungsakt: lässt sich das oberwähnte Prinzip darauf anwenden?

Es muss untersucht werden, ob die Gesetzmässigkeit der Verwaltung einen Einfluss auf die Beamtenentlassung überhaupt habe, und wenn ja, ob sie sich auch auf die Justizverwaltung beziehe.

Dass die Verwaltung nur *«auf Antrieb des Gesetzes und innerhalb dessen Schranken»*⁶ tätig werden darf, ist ein Postulat des Rechtsstaates, welches vor allem die Freiheit des Bürgers vor Uebergriffen

¹ Zug 3. 50; Freiburg 1. 64, 3. 168; Aargau 2. 55 und 3. 76; Waadt 2. 136.

² Glarus 1. 27; Solothurn 1. 7; Baselland 1. 29₂; Schaffhausen 1. 32.

³ Bern 1. 16; Luzern 1. 14; Schwyz 1. 6; Obwalden 1. 15; Zug 1. 19₂; Waadt 1. 7₁₂.

⁴ Neuenburg 1. 63.

⁵ Etwa Luzern: «Keine politische Beamtung... darf auf Lebenszeit erteilt werden. Dagegen darf kein politischer Beamter ohne richterliches Urteil vor Ablauf seiner Amtsdauer von seiner Beamtung ... entfernt werden.»

⁶ F. Fleiner, Institutionen S. 131.

des Staates wahren soll. Man darf aber nicht unzutreffend aus diesem Hauptanwendungsfall folgern, dass er der einzige sei⁷. Fleiner z. B. fasst den Begriff weiter: «Jeder Verwaltungsakt bedarf einer gesetzlichen Grundlage»⁸. Dass vor allem der Bürger als Träger subjektiv-öffentlicher Rechte zur Beschwerde gegen ungesetzliche, in seine Freiheitsrechte eingreifende Verwaltungsakte legitimiert ist, heisst noch nicht, dass nur die subjektiv-öffentlichen Rechte dem Handeln der Verwaltungsbehörde Schranken auferlegen; wo besondere Interessen dies verlangen, darf die Verwaltung auch in Fällen, wo keine subjektiv-öffentlichen Rechte in Frage stehen, nur im Rahmen und auf Anlass gesetzlicher Vorschriften handeln.

Einen solchen Fall sieht der Volksstaat in der Entsetzung vom Amt eines Beamten: aus verschiedenen Gründen (Trennung der Gewalten, «balance des pouvoirs»⁹ etc.) besteht hier die Forderung, dass kein Beamter ohne gesetzliche Grundlage von seinem Amte entfernt werde. Es besteht ein allgemeines Interesse an der Stellung der öffentlichen Vertreter, diese sollen vor Willkür bei Eingriffen in ihre Beamtensphäre geschützt sein¹⁰. Hier tritt ein grundsätzliches Unterscheidungsmerkmal zum Beamtenstaat zutage: dort ist der Beamte Diener dessen, der ihn angestellt hat, ihm gegenüber ist er verantwortlich, durch ihn kann er auch wieder entlassen werden; die Inamovibilität des Beamten der Rechtsprechung bildet die im Interesse ihrer Unabhängigkeit mühsam erkämpfte Ausnahme von dieser Ordnung. Im Volksstaat ist kein solcher spezieller Schutz des Richters notwendig, da sich dieser im Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung auf alle Beamten erstreckt.

Diese Forderung nach Schutz des Beamten vor Willkür mit der Inamovibilität gleichzusetzen wäre dagegen verfehlt. Was hier zum Prinzip erhoben wird, ist dort die Ausnahme. Ferner ist der Begriff der Inamovibilität durch seinen Gebrauch so eng mit der Lebenslänglichkeit verbunden, dass eine Anwendung dieses Begriffes auf den Volksstaat missverständlich wäre.

Dieser Forderung des Volksstaates nach Schutz seiner öffentlichen

⁷ a. M. Z. *Giacometti* «Staatsrecht der Kantone» S. 175.

⁸ *Fleiner* a. a. O. S. 131.

⁹ Siehe oben S. 30 N. 5.

¹⁰ Ueber den Schutz des Beamten vor Willkür seiner Vorgesetzten BGE 30 I 248.

Vertreter geben die erwähnten Bestimmungen kantonalen Verfassungen Ausdruck¹¹, die eine Amtsentsetzung nur unter gewissen Bedingungen gestatten. Der durch sie verwirklichte Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung ist aber rechtsstaatlicher Natur und gilt auch für die übrigen Kantone, so dass, in Beantwortung der weiter oben gestellten Frage, auch der Beamte (d. h. in unserem Fall der Richter) jener Kantone, die dies nicht ausdrücklich in ihren Verfassungen erwähnen, als vor gesetzlich nicht begründeter, d. h. willkürlicher¹² A. E. geschützt betrachtet werden kann.

III. Unter dem Gesichtspunkt der Forderung nach Schutz des Beamten vor willkürlicher A. E. muss auch die Streitfrage betrachtet werden, ob der Anspruch des Beamten auf das Amt selber oder nur auf das ihm aus diesem Amt zustehende Gehalt¹³:

- a) bei einer A. E. (oder Entlassung), die ohne ein Verschulden des betreffenden Beamten erfolgt, hat dieser einen Anspruch auf Entschädigung, eventuell auf Weiterzahlung des Gehalts¹⁴,
- b) erfolgt die A. E. auf eine gesetzlich nicht vorgesehene Art und Weise, so geht der Anspruch des Beamten auf Ungültigkeitserklärung dieser A. E., d. h. auf das Amt¹⁵.

Der Anspruch auf ein Amt ist allerdings kein subjektiv-öffentliches Recht, sondern eine Reflexwirkung objektiven Rechts. Die betreffenden Verfassungsartikel (oben I) wollen dem Beamten nicht ein Recht verleihen, sie sind vielmehr im Sinne einer allgemeinen Weisung an die Aufsichtsbehörden des Beamten gehalten, noch we-

¹¹ Siehe oben I.

¹² Die Willkür lässt sich nicht auf Grund einer ihrer Auswirkungen: der Rechtsungleichheit, definieren. Es muss vielmehr ein Kriterium im Handeln der Behörde selbst gesucht werden. Entweder handelt bei einem willkürlichen Staatsakt eine Behörde gegen den Wortlaut oder den Sinn eines Gesetzes, oder dann verstösst ihr Handeln gegen das öffentliche Interesse. Auch letzteres wird als Willkür empfunden, obwohl dessen Auswirkungen nicht unbedingt zu einer Rechtsungleichheit führen. Dieser Erkenntnis zufolge hat auch das Bundesgericht in vielen Fällen bei Handeln einer Behörde ohne gesetzliche Grundlage auf Willkür erkannt (Kommentar W. Burckhardt S. 44), selbst wenn keine direkte Rechtsungleichheit nachweisbar war. Um einen solchen Fall handelt es sich auch hier.

¹³ H. Escher a. a. O. S. 89.

¹⁴ Eine ausdrückliche Garantie in dieser Hinsicht geben Zürich I. 12 und Schaffhausen I. 29₂.

¹⁵ Otto Mayer: «Deutsches Verwaltungsrecht», 3. A., München und Leipzig 1924, Bd. II S. 155 und 157, anerkennt einen Anspruch auf das Amt. Anderer Ansicht sind P. Laband: «Staatsrecht des Deutschen Reiches», 7. A., Tübingen 1919 S. 108; Georg Meyer: «Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts», 7. A., 1914, Z. Giacometti a. a. O. S. 182; W. Burckhardt, Kommentar BV S. 35; BGE 72 I 289.

niger lässt sich aus dem blossen Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung ein solches Recht ableiten. Deshalb hat ein Beamter, der trotz Fehlen konkreter Normen seines Amtes enthoben worden ist, nur die Möglichkeit, durch eine Beschwerde¹⁶ gerichtlich feststellen¹⁷ zu lassen, dass der Akt der A. E. ungesetzlich und damit ungültig sei¹⁸.

Dagegen ist der *Anspruch auf das Gehalt* ein subjektiv-öffentliches Recht¹⁹, die Praxis nimmt sogar eine verfassungsmässige Garantie dieses Anspruchs an²⁰: es handelt sich um ein sogenanntes «wohlerworbenes Recht»²¹, das, obwohl auf einer Norm der Gesetzstufe beruhend, nicht durch ein neues Gesetz abgeändert oder aufgehoben werden kann²². Der Begriff der «wohlerworbenen Rechte» muss daher, als den Geltungsbereich der Gesetzgebung einschränkend, notwendigerweise auf der Verfassungsstufe stehen; wohlerworbene Rechte sind ein Ausfluss der Eigentumsgarantie. Die Verfassungsbestimmungen der Kantone Zürich und Schaffhausen²³, die dem ohne sein Verschulden des Amtes enthobenen Beamten Anspruch auf volle oder doch billige Entschädigung geben, sind eine ausdrückliche Bestätigung solcher wohlerworbenen Rechte. Ferner ist die Tatsache, dass die Pensionskassen nicht nur bei Erreichen der

¹⁶ Für den schweizerischen Richter kommt hier wohl nur die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht in Frage, da diese sich entweder gegen das höchste kantonale Gericht, den Regierungsrat oder das Parlament richtet. BGE 41 II 182: «Der staatsrechtliche Rekurs wäre das einzige Mittel gewesen, um die Frage der Verfassungsmässigkeit der Entlassungsverfügung zur richterlichen Beurteilung zu bringen...» (s. unten S. 80 N. 28).

¹⁷ Dass vor allem der betroffene Beante zu dieser Beschwerde die Aktivlegitimation haben soll, ergibt sich notwendigerweise aus dem bisher Gesagten. Andernfalls (W. Burckhardt a. a. O. S. 35) wird das Problem des Schutzes der Stellung des Beamten von der rechtlichen auf die politische Ebene geschoben.

¹⁸ Bei der heutigen Praxis des Bundesgerichts ist diese Beschwerde allerdings nur möglich, wenn die fragliche Kantonsverfassung die Garantie der Beamtenstellung ausdrücklich garantiert. Dagegen ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, das zusammen mit der Gewaltentrennung den Rechtsstaat charakterisiert, wie jene auf die Kantone ausgedehnt werden kann, die diesen Grundsatz resp. dessen Anwendungsfall im Beamtendisziplinarrecht nicht statuieren.

¹⁹ d. h. ein persönliches Recht des Beamten.

²⁰ BGE 67 I 188.

²¹ Siehe W. Burckhardt: «Die wohlerworbenen Rechte des Beamten» in ZBJV Bd. 67 S. 57 ff.; F. Fleiner, Institutionen S. 55, S. 88 N. 76, ferner BGE 16, 435.

²² Dem Beamten wird somit das Gehalt, zu dem er angestellt worden ist, für die Dauer der Amtsperiode garantiert: BGE 50 I 77.

²³ Zürich 1. 12; Schaffhausen 1. 29.

Altersgrenze, sondern auch bei unverschuldeter A. E. die Weiterzahlung eines Teils des Gehalts: der Pension, übernehmen, eine praktische Verwirklichung des Anspruchs auf billige Entschädigung bei unverschuldeter A. E.

IV. Die Anerkennung der Anwendbarkeit des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in der Frage der A. E. eines Beamten hat, angesichts der beschriebenen Lückenhaftigkeit der Disziplinargesetzgebung, für die Richter der schweizerischen Kantone die Konsequenz, dass vielerorts auch eindeutig ihrem Amte nicht gewachsene Richter schlechthin unabsetzbar wären²⁴.

Im Falle eines im Verlauf der sechsjährigen Amtsperiode geistig schwer erkrankten «juge assesseur»²⁵, der wegen Nichtwiederaufnahme seiner Arbeit durch den Regierungsrat seines Amtes enthoben worden war, hat das Bundesgericht nur die Frage untersucht, ob die Aufsichtsbehörde eines durch Volkswahl gewählten Beamten zu dessen A. E. befugt sei. Da jedoch damals dem Genfer Regierungsrat neben dem allgemein gehaltenen Aufsichtsrecht keine spezielle Disziplinarbefugnis eingeräumt war, scheint der Entscheid des Bundesgerichts, der den Rekurs abwies, unrichtig²⁶.

Die Frage der A. E. eines Richters, der ja einer periodischen Wiederwahl untersteht, wird nur höchst selten ein mehr als akademisches Interesse haben; dennoch ist die Tatsache, dass gewisse Richter nur durch Nichtwiederwahl und nicht auf disziplinarischem Weg ihres Amtes enthoben werden können, unbefriedigend^{27, 28}.

²⁴ Diese Konsequenz zieht Otto Mayer a. a. O. S. 157: «Hier handelt es sich nicht um nachgiebiges Recht ... so muss man denn den Beamten ertragen.»

²⁵ BGE 49 I 221.

²⁶ Die Formulierung des Bundesgerichts: «... Le droit de l'Etat de révoquer ou de mettre à la retraite un fonctionnaire devenu indigne ou incapable de remplir ses fonctions est universellement reconnu ...» setzt sich über die Forderung nach Gesetzmässigkeit der Verwaltung einfach hinweg. Diese naturrechtliche Begründung wäre vielleicht dann einleuchtend gewesen, wenn sich der fragliche Richter auf die tatsächliche Ausübung seines Amtes kapriziert hätte. Im vorliegenden Fall handelte es sich aber einfach um die richtig mit Ungültigkeit des A. E.-Aktes begründete Forderung auf Weiterzahlung des vollen Gehaltes.

²⁷ Denn auch die administrative (unverschuldete) A. E. ist ja nur dort möglich, wo sie gesetzlich vorgesehen ist.

²⁸ BGE 72 I 286 behandelt den Fall einer gesetzlich vorgesehenen administrativen A. E. Hier wird der betreffende Beamte auf den zivilen Weg verwiesen, da auch dem Zivilrichter die Ueberprüfung der Rechtmässigkeit der A. E. zustehe. Demgegenüber bleibt die Feststellung bestehen, dass eine gesetzlich nicht vorgesehene Enthebung vom Amt auf dem Weg des staatsrechtlichen Rekurses angefochten werden müsste.

Zusammenfassung

Das Institut der kurzen Amtsperioden, das eines der Kennzeichen des Beamten in der Schweiz ist, hatte, da es gleichzeitig mit andern Aufgaben disziplinarische Funktionen erfüllt, im Fall des schweizerischen Richters einen nur unvollständigen Ausbau des Disziplinarrechts zur Folge. Im Gegensatz hierzu führte im Ausland der Grundsatz der mit der Lebenslänglichkeit des Richteramtes verbundenen Inamovibilität zu einer lückenlosen Regelung der Möglichkeiten einer Amtsentsetzung.

Der im ausländischen Institut der Inamovibilität als Ausnahme zum Ausdruck kommende Gedanke erweist sich in der Schweiz als eine für alle Beamten (sowohl der Justiz als auch der Verwaltung) grundsätzlich bestehende Forderung nach Gesetzmässigkeit der Verwaltung bei der Entsetzung eines Beamten von seinem Amte.

Im Interesse einer Durchsetzung der erwähnten Forderung muss, wo es sich als notwendig erweist, ein besserer Ausbau der bestehenden richterlichen Disziplinarrechte angestrebt werden.

LEBENS LAUF

Am 27. Februar 1921 wurde ich in Rüschlikon (Kt. Zürich) geboren. Die Primarschule besuchte ich in Rüschlikon, die Sekundarschule in Kefikon, Rüschlikon und Zürich. Anschliessend absolvierte ich die Handelsschule in Neuenburg, wo ich im Sommer 1940 mit der Maturitätsprüfung abschloss. Nach einer zweijährigen Praktikantenzeit in der Schweiz. Kreditanstalt immatrikulierte ich mich im Herbst 1942 an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wo ich meine Studienzeit, mit Ausnahme eines Semesters an der Universität Bern, verbrachte. Mein Studium beendigte ich mit der letzten mündlichen Prüfung am 30. Oktober 1948.

